

DISSERTATIO INAUGVRALIS  
DE <sup>30.</sup>  
SVCCESIONE  
HYPOTHECARIA

QVAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
POTENTISSIMO ATQVE AVGVSTISSIMO  
PRINCIPE AC DOMINO  
D O M I N O  
G E O R G I O II.  
MAGNAE BRITANN. FRANC. ET HIBERN. REGE  
DEFENSORE FIDEI  
S. R. I. ELECTORE ARCHITHESAVRARIO  
DVCE BRVNSVICENSI ET LVNEBVRGENSI  
IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA  
CONSENSV ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS  
PRO SVMMIS  
IN VTROQVE IVRE HONORIBVS  
ATQVE PRIVILEGIIS RITE CONSEQVENDIS  
PVBlico ERVDITORVM EXAMINE  
SVBMITTIT  
EBERHARDVS BERGHOF  
OSNABRVGENSIS.

---

D. xxx. APRIL. A. O. R. cido ccxlii.

---

G O T T I N G A E  
LITERIS IOH. CHRIST. LVDOLPH. SCHVLZII ACAD. TYPOG.







DISSERTATIO INAUGVRALIS  
DE 30.  
SVCCESIONE  
HYPOTHECARIA

QVAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
POTENTISSIMO ATQVE AVGVSTISSIMO  
PRINCIPE AC DOMINO  
D O M I N O  
G E O R G I O II.  
MAGNAE BRITANN. FRANC. ET HIBERN. REGE  
DEFENSORE FIDEI  
S. R. I. ELECTORE ARCHITHESAVRARIO  
DVCE BRVNSVICENSI ET LVNEBVRGENSI  
IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA  
CONSENSV ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS  
PRO SVMMIS  
IN VTROQVE IVRE HONORIBVS  
ATQVE PRIVILEGIIS RITE CONSEQVENDIS  
PVBlico ERVDITORVM EXAMINE  
SVBMITTIT  
EBERHARDVS BERGHOFF  
OSNABRVGENSIS.

---

D. xxx. APRIL. A. O. R. cido ccxlv.

---

G O T T I N G A E  
LITERIS IOH. CHRIST. LVDOLPH. SCHVLZII ACAD. TYPOG.



LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

2 V C 8 8 1 0 M E

H Y P O T H E S I S

1884

RECTOR MICHIGEN  
POTENTIALS ALONE  
PRINCIPLE AT DOMINO  
D O M I N O

G E O R G I O

MACHAE BRITANNI  
DEFENSORE FIDELI

S. R. I. ILLOTORE  
J. K. BRIVILLIENSIS

IN ACADEMIA GEORGIA APOSTATA

CONSENSU ALIISQUE IUREGONNATIONUM ORDINIS  
PRO STIMULIS

IN VITROQUE IURE HONORARIIS

ALIOVE BRIVILLIENSIS RITE CONSPICUANDIS  
P. V. L. C. E. R. V. D. I. T. O. R. V. M. E. X. A. M. I. N. I.

S. Y. R. M. I. T. T. I. T.

EDWARDVS BERGHOF

OSNABRUGENSIS

D. K. K. A. P. P. L. A. O. R. T. O. S. C. E. R. T. I. N. I.

U. N. I. V. E. R. S. I. T. A. T. I. C. A. S. I. A. E.

LITERIS ION. CORNEL. LUDOVIC. LUDOVIC. LUDOVIC.



V I R O  
P E R I L L V S T R I A C G E N E R O S I S S I M O  
D O M I N O  
I O H A N N I G E O R G I O  
L. B. V O N D E M B V S C H E  
A V G V S T I S S I M I E T P O T E N T I S S I M I  
M A G N A E B R I T A N N I A E R E G I S  
E T  
D V C I S E L E C T O R I S B R V N S V I C O - L V N E B V R G.  
S A T R A P A E P R O V I N C I A L I I N A H L D E N  
R E L I Q V A  
D Y N A S T A E I N W I C K E R I D E  
R E L I Q V A

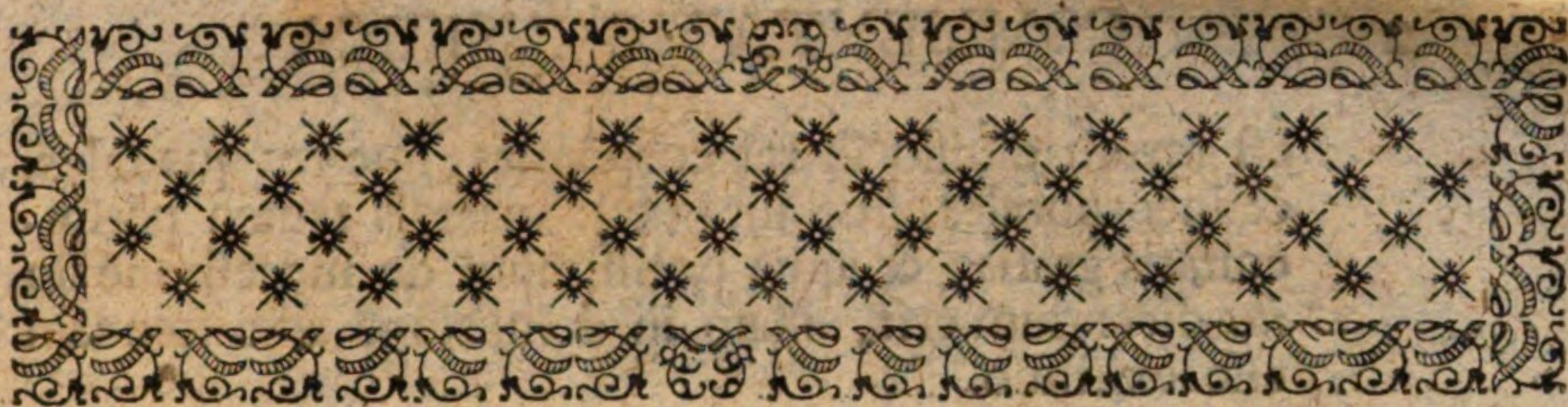
V I R O  
P E R I L L V S T R I A C G E N E R O S I S S I M O  
D O M I N O  
C H R I S T I A N O D I E D E R I C O  
L. B. V O N D E M B V S C H E  
A V G V S T I S S I M I E T P O T E N T I S S I M I  
M A G N A E B R I T A N N I A E R E G I S  
E T  
D V C I S E L E C T O R I S B R V N S V I C O - L V N E B V R G.  
A C O N S I L I I S B E L L I C I S  
D Y N A S T A E I N S T A V  
R E L I Q V A



PROCERIBVS PERILLVSTRIS FAMILIAE  
VON DEM BVSCHE  
CVI VENERANDVS PATER PER XL. IAM  
ANNOS  
CONSILIIS ATQVE SCRIPTIS  
ET PRAEFVIT ET PROFVIT  
BELLISSIMARVM LITTERARVM ARTIVMQVE  
PROMOTORIBVS EXCELLENTISSIMIS  
MAECENATIBVS ATQVE FAVORIBVS  
INDVLGENTISSIMIS  
HANC QVALEMCVNQVE COMMENTATIONEM  
PIA MENTE  
OFFERT ATQVE CONSECRAT

EBERHARDVS BERGHOFF,





# COMMENTATIO IVRIDICA DE SVCCESIONE HYPOTHECARIA.

## I. De Successione generatim.

### §. I.

**S**uccessio est acquisitio rei vel iuris alieni: per *quid successio.*  
alienum vero intelligo id quod non in do-  
minio nostro existit.

\* Vocem *iuris* quidem in definitione omittere potuisssem, quia vocabulum *res* generale est, & *iura* comprehendit; res enim *ICTis* vocantur, quae eius sunt naturae, ut in bonis esse possint (a), quibus iura sine dubio annumerantur (b). Sic quoque notissima illa est

(a) Conf. HVBERTVS ad Inst.  
Tit. de Rer. Div. & Acq. R. D. §. 1.

L. 49. D. de V. S. Varios iuris si-  
gnificatus videsis in L. penult. &  
ult. D. I. & I.

(b) Per L. ult. D. de Vsufr. leg.



est rerum diuisio in res corporales, siue res qua tales, & incorporales, siue iura (c): maioris tamen perspicuitatis gratia, & quia potissimum de successione in *ius* dicendum erit, illam in definitione admittendam esse existimo.

## §. II.

*Diuisiones pri-  
mariae succes-  
sionis.*

Acquiruntur autem primo vel omnes res alterius omniaue iura, vel tantum ius singulare aut certa determinataue res; vnde primariam diuisionem successionis in vniuersalem & particularem cognoscimus: Deinde alienum quoque acquiritur, vel quoad tempus, vt reuocabile, vel in perpetuum, vt irreuocabile dominium in successorem transeat; vnde speciem successionis irreuocabilis & reuocabilis concipere possumus.

## §. III.

*Defertur vel  
cum vel sine  
consensu.*

Tandem aliquis succedere potest vel cum consensu domini, vel sine illo; si illud, dominus consentit vel expresse, vel tacite; hoc modo oritur successio ab intestato, ex illo vero successio vel ex testamento vel ex pacto fluit. Qui autem sine domini consensu aliquid acquirere cupit, ei leges assistere debent, idque vel ad agendum, vel ad praescribendum, ex quo denique successio per decretum iudicis & per praescriptionem originem trahit.

## §. IV.

(c) L. 1. §. 1. D. de Rer. Diu. §. vn. l. de Reb. corp. & incorp.



## §. IV.

Denique potest ad successionem aliquis perue- *Qualitas per-*  
nire, vel ex propria persona, vel per aliam, e. g. per *sonarum confi-*  
procuratorem. Etsi enim heres I. R. antiquo heredi- *deratur.*  
tatem acquirere per procuratorem non poterat (d),  
quia hereditatis aditio erat actus legitimus fiebatque  
per cretionem: postquam tamen hae solennitates ma-  
ximam quoad partem sublatae sunt iure nouo (e): ho-  
die etiam per aliam personam nobis alienum acquirere  
atque in illud succedere possumus (f). Si vero ex  
propria persona aliquis succedere cupit; leges in suc-  
cessore animum aliquid sibi habendi desiderant. Hic  
itaque si non adest ab acquisitione & successionem arce-  
tur (g).

\* Hanc igitur ob causam leges successionem interdi-  
cunt furiosis, pupillis (h) aliisque. Si tamen factum  
tertii accedit, qui horum nomine animum declarat,  
hi etiam ad successionem possunt peruenire.

## §. V.

Non solum autem leges qualitatem persona- *Qualitas ve-*  
rum, quae succedere volunt, determinarunt, sed etiam *rum.*  
rerum,

(d) L. 90. D. de acq. vel amitt.  
hered.

(e) L. 17. C. de iure deliber. ad-  
de B. HEINECCII *Antiqu. Ro-*  
*man.* L. II. Tit. 17. §. 13. 14. 15. ubi  
de cretione veterum solide more  
suo agit.

(f) §. 5. I. per quas pers. cuique  
acq. L. 10. pr. D. de acq. rer. dom.

(g) L. 1. §. 3. D. de acq. vel amitt.  
poss.

(h) L. cit. §. cit. & §. 32. §. 2.  
eod.



rerum, requiruntque, ut res, in quam quis succedere cupit, sit in commercio. Quia enim res extra commercium non possunt acquiri, successio autem est acquisitio (§. I); facile quoque patet, locum non habere successionem in eiusmodi res, quarum acquisitio in genere est prohibita.

\* Sic commercio simpliciter & Rom. exemptae erant res sacrae, res religiosae, porro res furtivae ac vi possessae (i). Quandoque etiam lex vel testamentum vel pactum in fauorem aut odium cuiusdam personae, familiae aut gentis acquisitionem hanc deriuatiuam impedit; unde euenit, quod in multis Germaniae provinciis Iudaei immobilia acquirere nequeant (k); quodque in fideicommissa familiae, extincta nondum penitus familia, extraneus non succedere possit (l).

## II. Generalia de Hypothecis.

### §. VI.

*Quid nobis hypotheca.*

Hypotheca nobis est ius in re, creditori in securitatem debiti constitutum. Licet enim haec definitio nec cum definitione hypothecae, nec pignoris conueniat, quum hoc, per ius in re a debitore in securitatem crediti per traditionem constitutum; illa vero, per ius in re per nudam conuentionem a creditore in crediti securitatem acquisitum, possessione rei apud

(i) §. 9. I. de R. D. & acq. ips. dom. L. 12. §. 1. de Religios. L. 84. de furt. §. 2. I. de Vsucap.

(k) Conf. Consult. Dni IV N. GII elegantissimam Comm. de Iure recipiendi Iudaeos. C. IV. p. 123.

(l) L. 88. §. 14. de Legar. 2.



apud debitorem manente (m), definiri soleat: attamen quia generatim de successione in illud ius, quod creditori in securitatem crediti constituitur, agendum; non vero de successione in rem pignori aut hypothecae subiectam; vnusquisque conueniet, definitionem hypothecae satis adaequatam esse.

\* Differt quidem hypotheca a pignore multis in modis (n): quia vero vtraque species ius reale producit; in iure quoque pro vna eademque re habentur (o).

## §. VII.

Diuidi solet hypotheca I. in generalem, quae omnia debitoris bona etiam futura (p); & specialem, quae certam determinatamue rem tantum, afficit (q) *Primariae eius diuisiones.*  
II. in publicam, quae publica auctoritate; & priuatam, quae sine solennitate constituitur: III. in expressam, qua expressis verbis bona debitoris obligantur, & tacitam, quae ipso iure bona obligat.

## §. VIII.

Hypotheca publica rursus diuiditur in necessariam, quae sine voluntate debitoris vel a lege vel a iudi- *Subdiuisiones quaedam.*

(m) arg. L. 9. §. 2. D. de pign. act. L. 1. 4. de pign. & hyp.

(n) Conuenientias & disconuenientias egregie ostendit Perill. BOEHMERVS Diss. de diuerso pignoris & hypothecae iure.

(o) §. 8. I. de actionibus: vbi: Inter pignus & hypothecam, (quantum ad actionem hypothecariam attinet), nihil interest.

(p) L. ult. C. quae res pign. oblig.

(q) L. 15. §. 1. D. de pign. & hyp.



iudice \*, & conuentionalem, quae consentiente debitor, vel apud aëta, vel coram tribus testibus, conceditur (r). Sic quoque hypotheca tacita iterum est vel tacita legalis, qua ex speciali legis vel consuetudinis dispositione quibusdam bona obligantur \*\*; & tacita conuentionalis, quae ex praesumta voluntate testatoris vel contrahentium descendit.

\* Ita vi huius hypothecae iudicati exequendi caussa creditor instar sequestris bonis incumbit, ita vt ius pignoris habeat & bona cum redditibus custodiat (s). Sic I. Rom. ob denegatam praestationem cautionis, vel ob contumaciam in non veniendo coercendam, ante litis contestationem per missionem in possessionem haec exercebatur (t). Ita denique hypotheca publica necessaria dici quoque potest, si in rebus immobilibus hypotheca confirmatione iudicis indiget (u), licet commodius ad hypothecam publicam conuentionalem referri possit.

\*\* Quia vero haec dispositio singulare ius continet, vt is, qui in pignore legali tacito se fundat, aut consuetudinem aut mores probet, necesse erit. Hoc autem probato, plane non video, cur tacitam hanc hypothecam habens reliquis creditoribus hypotheca iudiciali munitis, postponi debeat. Quia enim lex eorum

(r) L. 11. C. qui pot. in pign.

(s) Prout docet Tit. Dig. vt Legat. & fideic. causa caueatur.

(t) Tit. cit. & L. 15. D. de damno inf. Per Recessum tamen Imp. nouiss. §. 36. hodie immissio in bona amplius in casu contumaciae decerni nequit.

(u) Prout in terris Elect. Brunf. Luneburg. a DIVO GEORGIO LVDOVICO A. 1712. sancitum legitur in Corpore Const. Prou. Calenb. C. II. Sect. 2. N. LXIX. atque ab AVGVSTISSIMO REGE confirmatum A. 1733. vid. N. LXXXIV.



rum in fauorem hypothecam tacitam introduxit, qui vel propter aetatem vel aliam causam sibi prospicere nequeunt, & ne periclitetur creditor, qui ex iusta aliqua causa priuilegio & auxilio dignus videtur (x), atque ita in vim priuilegii hoc ius quibusdam personis concessit; priuilegia autem non tam ex tempore quam potissimum ex causa diiudicari debent (y): durissimum sane foret, huiusmodi priuilegiatos creditores, v. g. pupillos, liberos quorum parentes ad secunda transferunt vota, aliosque, post omnes demum expressos venire (z): quam sententiam contra Doctorem contrarium statuentium opiniones, magni nominis Icti confirmant (a).

## §. IX.

Quia vero hypotheca in securitatem crediti constituitur; hinc prono alveo fluit; rem, quae securitatem non praestat, oppignorari recte non posse. Ergo non dominus, vel qui rerum suarum liberam non habet administrationem, hypothecam valide constituere nequit (b).

*Quibus pignus  
constituere  
non permis-  
sum.*

\* Va-

(x) Conf. FABER de Erroribus Pragmat. P. I. Decad. VI. Err. I. p. m. 112. seq.

(y) L. 32. D. de reb. aut. iud. possid.

(z) Addefis L. 5. 6. D. qui pot. in pign. & Nou. XCVII. C. 3.

(a) Vid. de BERGER in Oec. Iur. L. 2. Tit. 5. §. 8 n. 5. VOETIUS in Comm. ad Dig. Tit. de pign. n. 11. 15. seq. & Tit. qui pot.

in pign. n. 28. MERLIN. de pign. & hyp. L. I. Tit. 2. Quaest. II. n. 26. BACHOV. de pign. & hyp. L. IV. C. 7. §. 1. & Illustr. LEYSERI Med. ad Dig. Spec. CCXXVI. Medit. 2.

(b) L. 5. 6. C. si aliena res &c. In quibusdam tamen casibus exceptis pignus in re aliena sine consensu domini constitutum effectum sortitur, de quibus vid. L. 1. C. si al. res pign. L. 11. D. de pign. & hyp. L. 27. de reb. cred.



- \* Vasallus itaque feudum (c), maritus fundum dotalem aestimato in dotem datum (d), hypotheca onerare nequit. Conualescit autem talis constitutio, si vel irreuocabile dominium constituens acquirat, aut consensus accedat domini (e). In fundo tamen dotali hoc singulare est, quod hypotheca in illo non valeat, licet vxor centies consensum praebeat (f).

### III. Generalia de Successione Hypothecaria.

#### §. X.

*Successionis hy-  
pothecariae  
definitio.*

Hoc ita praelibato palam, ni fallor, est, successionem hypothecariam esse acquisitionem illius iuris, quod creditori in securitatem debiti constitutum est. In oculis itaque omnium positum, sermonem hic non esse de emtione venditione rei hypothecae pignoriue subiectae, quae in fraudem creditorum saepissime fieri solet a debitore; creditori vero, si a moroso debitore creditum suum recuperare haud possit, vel illud amittendi periculum proximum immineat, permessa est (g), & quae suo modo hypothecaria successio dici etiam potest: sed iam nunc agitur de *iuris hypothecarii* in alterum translatione. Ab hac quoque porro differt suboppignoratio. Licet enim in eo conueniant, quod cre-

(c) 2 Feud. 42. & 55. Ius Feud. Allem. C. XXVI. § 3.

(d) Vid. Tot. tit. de fundo dot. & Tit. D. quae res pign. vel hyp.

(e) L. 20. pr. L. 27. D. de pign. act.

(f) L. 30. C. de iur. dot. de COC.

CEII in Iur. Controu. Tit. de fundo dot. Quaest. IV. Excipitur tamen casus necessitatis, vbi etiam alienatio valide fieri potest. Vid. L. 78. §. 4. D. de iur. dot. L. 1. pr. de fund. dot. L. 2. C. cod.

(g) L. 14. C. de distr. pign.



creditor tam in plenaria cessione, quam in suboppignoratione, ius suum reale tertio concedat (h); discrimen tamen adhuc occurrit in reuocatione. Creditor enim, qui ius suum plane vendidit cessitque, sine cessionarii consensu semel factam cessionem reuocare nequit; si vero ius suum tantum pignori supponit; quodcumque illud luere potest.

## §. XI.

Ius, quod creditori hypothecario competit, est ius in re: vnde hoc ius quoque in successorem hypothecarium transfertur, transeuntque in illum omnia iura atque priuilegia rei actioniue cohaerentia (i); non tamen priuilegia personalia. Quandoque tamen hanc regulam exceptionem pati, ita vt successor nonnunquam iura & priuilegia personae cedentis cohaerentia acquirat, certissimum est. Sic priuilegium praelationis, quod vxori pro dote competit, sine dubio personale est, nec in heredes extraneos transfertur, quamuis hi in hypothecam succedunt (k): nemo tamen hoc priuilegium liberis ex eo matrimonio progeneris denegabit (l) Constat enim ex legibus citatis, liberos

(h) Proprie enim loquendo rem oppignoratam, quia aliena est, creditor pignori dare nequit, vnde etiam accipientis ius resoluitur, resoluta iure dantis.

(i) Ergo non dubium est, quin & paratam executionem ex instru-

mento descendente successor impetrare possit. Conf. BERLICH in Concl. Pract. P. I. Concl. 80. n. 16. sq.

(k) Vid. Nou. XCI. in praefat.

(l) Nou. cit. l. c. & C. I. iuncta L. ult. §. 1. C. qui pot. in pign.



beros vi huius priuilegii etiam nouercae praeferri, nec aliter considerari debere, ac si mater eorum actionem hypothecariam iam mouisset. Pariter certum est, priuilegium fisci vna cum hypothecae iure etiam in extraneum transferri posse (m).

## §. XII.

*Successionis hypothecariae  
variae diuisiones.*

Tam successio, quam hypotheca, in varias dispescitur species. Facile itaque patet, hypothecariam successionem variis quoque modis fieri posse. Potest itaque aliquis tam in hypothecam generalem, quam specialem; tam in publicam, quam priuatam; tam in expressam, quam tacitam, succedere. Porro ex supra dictis liquet, aliquem tam proprio nomine, quam per aliam personam, ius hypothecarium acquirere posse; illumque nec huius successionis capacem esse, qui aut pacto aut lege ab omni omnino successionem excluditur.

*Vindicatur  
iudaeis ius  
succedendi in  
hypothecam.*

\* Quaeritur itaque: an prohibita in quadam provincia acquisitione immobilium, prout e. g. extraneis atque iudaeis; etiam constitutio hypothecae in rebus immobilibus iis eo ipso sit interdicta (n)? Qui pro affirmatiua pugnant sententia, proferre solent L. 1. §. 2. D. quae res pign. vel hyp. & L. f. C. de reb. al. non alienand: Liceat itaque mihi leges istas paulo propius considerare. En verba L. 1. §. 2. cit. *Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest.* Hanc autem legem illud, quod contrariae sententiae fautores volunt, non probare, ope inscriptionis huius tituli statim apparet; non enim in eo de perso-

(m) Per L. 2. C. de his qui in pr. cred. loc.

(n) Tetigit hanc quaestionem

III. BOEHMER in D. de diuerso pign. & hyp. iure, aliaque pro stabilienda affirmatiua sententia argumenta affert.



*personis*, quibus acquisitio pignoris est interdicta, sed de *rebus* quae hypothecam non admittunt, sermo est. Ipsissima huius legis verba id quoque innuunt; & exemplum, quod de re litigiosa non oppignoranda affertur, sententiam meam confirmat. Videamus itaque, vtrum legi codicis plus ponderis insit, nec ne? Colligunt autem ex illa, quod nec iudaeo vel extraneo, cui acquisitio immobilium interdicta, hypotheca in re immobili constitui queat, quia lex declarat, vocem *alienationis* etiam comprehendere *hypothecae* constitutionem. Sed egregie mea quidem sententia errant: Qualis enim haec est conclusio? Lex prohibet alienationem & oppignorationem cuiusdam *rei*; ergo *personae*, quae ab emtione immobilium arcentur, etiam ius hypothecarium in iis acquirere nequeunt. Allegatam autem legem Cod. de *re non alienanda* nec oppignoranda loqui, iterum ex inscriptione patet. Porro quoque admodum verisimile est, Praef. Praet. Ioannem, ad quem rescriptum D. Iustiniani directum, casum Imperatori proposuisse, quo aliquis ius quoddam in re, cuius alienatio sola prohibita hucusque fuerat, in alterum transferre voluit, ideoque consilium atque declarationem Imperat. sibi expetit; vnde hic sancivit: illam rem, quae valide iusteque alienari nequit, nec pignori vel hypothecae subiici posse, nec contractum emphyteuseos admittere, nec usus fructus dationem, nec servitutem. Esto autem, legem citatam constitutionem pignoris in immobilibus iis denegare, qui ab acquisitione immobilium arcentur, quod tamen nunquam probandum erit; tralatitium est, quod ab vna lege in casu quodam speciali lata, ad alium, vbi eadem ratio non adest, minime conclusio valeat: Sed certissimum est, leges iis non assistere, qui miserrimae iudaeorum genti acquisitionem iuris hypothecarii in immobilibus denegant; e contrario Ictus scribit (o), in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Extraneis itaque, aut iudaeis, quibus sola acquisitio immobilium est interdicta, tamdiu acquisitio iuris hypothecarii tribuenda, quamdiu contraria lege aliud non est sancitum (p). Licet

(o) In L. 24. D. de pign. & hypoth.

(p) Sic e. g. in terris Elect. Brunf. Luneb. Iudaei quidem ius hypothecae in immobilibus acquirere queunt, hocce tamen per sex-

ennium tantum durat, quo praeterlapso actionem hypothecariam amplius instituere nequeunt. Constitutio hac de re A. a D I V O G E O R G I O lata, legitur in Corpore Constit. Prouinc. Calenb. B 2 C. II.



et autem cum Christianis Iudaei sub pignoribus contrahere queant; non tamen hoc debitum hypothecarium pacto oneroso in Christianum transferre possunt (q), dum usuraria prauitate maculata censentur; quam praesumptionem ius hypothecarium non mutat (r):

### §. XIII.

*Quis ius hypothecae transferre possit.  
I. Creditor.*

Quod ad personas attinet, qui ius hypothecarium in alium transferre possunt; nemo inficias ibit, creditorem omni modo hoc etiam sine debitoris consensu facere posse (s). Vbi enim de alicuius praeiudicio non agitur, ibi quoque eius consensus non desideratur: iam vero non de pignoris noui constitutione, sed de iam constituti translatione, quaeritur. Quia autem translationem iuris quaesiti nemo impedire potest; debitor quoque pactum de transferendo iure hypothecario, vel translationem ipsam, denegando consensum suum, nullo modo infringit. Porro quoque ex principiis Iuris Rom. certissimum est, quod creditor pignus, reuocatione a debitore non subsequente, plane vendere queat (t), ita ut debitor post venditionem legitimo modo

C. II. Sect. II. N. LXXII. Edictum daß kein Jude befugt seyn solle immobilia zu fauffen oder considerable Geld: Summen darauf vorzutleihen, cuius confirmatio POTENTISSIMI REGIS exstat N. LXXXI.

(q) Per Ord. Polit. Imp. de A. 1577. Tit. XX. §. 4. Limitationes tamen quasdam summa cum ratione addit STRYCK in V. M. Tit. de hered. vel act. vend §. 12.

(r) Vtrum vero, si Christianus posteriorem, Iudaeus vero anterio-

rem hypothecam habet, ille hunc per oblationem aut depositionem pretii dimittere queat, nec ne? ex infra dicendis facile diiudicari poterit.

(s) Acq. L. 3. C. de her. vel act. vend.

(t) Vnde nec ad euersionem creditorem teneri, certissimi iuris est. L. 10. de distr. pign. vid. Tot. Tit. C. credit. evict. pign. non deb. & Ill. AYRERI Facult. Iurid. Decanum spectatissimi Comm. de differentiis L. Rom. & Germ. circa pignora.



modo factam, pretio postea oblato, rem euincere nequeat (u): multo magis itaque illud ita cedere poterit, vt debitori luitio salua maneat. Denique ex Iuris Germ. principiis id permissum esse, inde in aprico est, quod creditor pignoris fiat dominus (x); dominus autem de re sua libere disponere potest; ergo nihil prohibet, quo minus creditor omni, quo lubet, modo, ius suum pignoratitium in alterum transmittere queat.

#### §. XIV.

Vtrum autem ipse debitor ius hypothecarium, <sup>2) Debitor</sup> creditori in securitatem crediti concessum, sine huius consensu in extraneum transmittere queat; quaerenti primo quidem intuitu id negandum esse videtur, quia nemo ex contractu alterius obligari (y), nemoque inuitus cogi potest, ius sibi quaesitum in alterius fauorem remittendi atque transferendi: Attamen quia creditori pignoris ius constitutum est, vt de pretio securus reddatur, ideoque cessare debet, cessante eius causa; contrarium statuentium sententiae, aliqua saltem cum limitatione, lubentissime subscribo. Si itaque quis creditori versuram facienti pecuniam credidit, ad faciendam solutionem creditori hypothecario, vt in huius

(u) Per expressa verba L. 18. C. de distr. pign. L. 2. C. si ant. cred. pign. add. BACHOVIVS de pign. & hyp. L. IV. c. 17.

(x) Qui dici solet der Pfands-  
Zinhaber Conf. BESOLD. The-  
saur. Pract. voce Pfandschaft adde

Perill. de MEYERN von der  
Rechtmäßigkeit des sechsten Zinszah-  
lers p. 26. & viri, dum viueret,  
praestantissimi GUNDLINGII  
Sched. de Iure oppignorati territorii  
§. LXXXIII.

(y) L. 11. D. de Obl. & Act.



huius locum succedere possit, requiritur I. vt reuera credita pecunia ad creditorem peruenerit, & vt II. de pignore quod primus creditor habet in eum, qui soluit, transferendo, in specie conuentum sit (z). Vltimum si deest, nouo creditori actione Pauliana tantum succurritur (a).

#### IV. De Successione hypothecaria, quae consentiente creditore defertur.

##### §. XV.

*Succedunt in  
ius hypotheca-  
rium heredes  
ab intestato.*

Primarias alienum cum consensu domini acquirendi species, supra praeoccupauimus. Licet itaque, me illud etiam non monente, pateat, successionem hypothecariam iisdem quoque deferri posse modis; ita vt plane superfluum videri posset, in istis eruendis operam adhuc nauare, illosque amplius determinare: quia vero de successionem hypothecaria in genere principi

(z) L. 3. D. quae res pign. vel hyp. L. I. C. de his qui in prior. cred. loc. a recta itaque decedit via BACHOVIVS l. c. C. 15. dum cum NEGVZANTIO sibi fingit pactum sufficere; vt creditor hypothecarius dimitteretur, atque paciscentem huius locum eo ipso subire. Nec ea nobis arridet distinctio inter successionem in locum & aliam in ius pignoris creditoris, creditoremque nouum ex propria persona ius pignoris habere. Verum equidem est, creditorem ius

pignoris ex proprio pacto nancisci posse; hoc tamen casu a tempore suae obligationis praelationem tantum habet, nec creditoribus intermediis anteponitur, quamuis vel maxime, vt creditor primus dimitteretur, pactum iniit. Necessse itaque est, vt speciatim de eo pignore quod priori creditori obligatum, conuentum, creditorque primus dimissus sit.

(a) L. 10. §. 1. L. 16. D. quae in fraud. cred. addeffis MEVIVS P. VII. Dec. 131. & 338. P. IV. Dec. 123.



cipia quaedam adducenda, variaque hinc inde adhuc occurrunt dubia; potissima quoque huius capita, licet non plane incognita, vt scopo proposito satisfaciam, velut per lancem faturam recensebo. Primus succedendi modus §. III. est successio ab intestato: quia vero heres ab intestato *uniuersum* defuncti ius acquirit, ad quod ius hypothecae sine dubio pertinet: in apri- co est, heredem ab intestato (b) quoque ipso iure suc- cedere in ius hypothecarium defuncti creditoris; il- lumque iisdem modis contra debitorem experiri posse, quibus creditor, si vixisset, vti potuisset (c). Sub- orta vero de titulo possessionis quaestione, successori saltem incumbit probare, se legitimum aut vniuersa- lem aut particularem heredem defuncti creditoris esse.

## §. XVI.

Alter succedendi modus ex ordine cit. §. III. est *Qui ex testa- successio ex testamento.* Testatori autem omnino li- *mento heres cet de re sua iure suo libere disponere, in eumque est, acquirit ius hypotheca- quem velit transcribere. Nihil itaque obstat, quo mi- rium.* nus successionem hypothecariam aut scripto, aut nun- cupatio, aut alio quouis testamento, ei cui placet, con- cedere possit. In eo autem adhuc subest quoddam, discrimen vtrum succedens vt heres vniuersalis confi- derandus sit, an vt heres particularis? Ille enim, qui in omnia testatoris bona, ideoque etiam in eius ius pi- gno-

(b) Quatenus autem hereditas ab intestato acquiratur decisum est in Nov. CXVIII.

(c) Ea saltem restrictione obser- vata quae supra §. XI. prolata est. adde L. 24. de V. S. L. 62. de din, R. I. & L. 49. D. de hered. instir.



gnoris succedit, omnes quoque defuncti obligationes omniaque onera suscipere debet, si vi testamenti hereditatem adire cupiat: si quis vero ad partem hereditatis vocatur, iterum multum interest, vtrum ut coheres, an ut legatarius ius pignoris petere queat? legata enim nullo regulariter grauantur onere (d); coheres autem debita hereditaria pro rata soluere debet: illo ergo casu successor ius hypothecarium libere accipit, quum econtrario hoc casu, ut debita defuncti pro parte sua persoluat, adstrictus sit.

\* Si vero testamentum nullum vel iniustum declaratur, vel per quærelam in officiosi rescinditur; nec heredis institutio, nec legata, nec alia capita subsistunt (e); unde in ius hypothecarium institutus, illud acquirere haud potest. Ultimo tamen casu hodie nihilominus legata atque alia testamenti capita valent (f); hoc casu itaque legatarius ius pignoris legato relictum, rescisso licet hac querela testamento, acquirit.

## §. XVII.

*Cui ius hypothecae relictum, non eo ipso succedit in debitum.*

Contractum pignoratitium non ad essentiam debiti pertinere, hocque sine illo subsistere posse, in propatulo est, nullusque dubitabit, vnum ab altero commode separari posse. Tripartita inde concipitur successio, alia in ius hypothecarium, alia in debitum separatim, alia denique in debitum & pignoris ius simul. Generaliter itaque non affirmandum, illum, cui hypothecae

(d) arg. L. 36. D. de Leg. II.

(e) Nou. CXV. c. 3. §. vlt. c. 4. §. vlt. iuncto H V B E R ad Instit. L. II. T. 13. §. 2.

(f) Nou. cit. l. c. Si vero actor temere hac querela testamentum

impugnat & succumbit, fiscus ei legatum relictum tanquam indigno aufert L. 8. §. 15. D. de inoff. test. Ergo fiscus hoc casu in hypothecam legatam succedit. Adde Tot. Tit. D. de his quae ut indignis auf.



potheca legata, quoque succedere eo ipso in debitum, ob quod res quaedam est obligata. Ita potius distinguendum esse puto: aut ius hypothecae ipsi debitori legatum, aut tertio; si illud, non praesumitur, testatorem etiam debitori remisisse debitum, sed tantum nexum hypothecarium: remisso enim pignore non quoque remissum censetur ipsum debitum (g). Si autem hypotheca tertio, sine principalis actionis cessione, legata, videndum, vtrum hic debitori testatoris, cuius ius hypothecarium legato relictum, aut ipsi testatori aliquid crediderit sine hypotheca, an minus? Si primum & secundum, videtur, testatorem hypothecam solam eum in finem huic legasse, vt intuitu pecuniae, quam ipse legatarius credidit, actionem hypothecariam vel contra communem debitorem, vel contra testatoris heredes mouere possit (h): vltimo tamen casu hypothecae ius cum debito legatum censetur. Quo autem successor contra debitorem hypothecarium cessum legatumue cum effectu agere queat, heres ad traditionem instrumenti oppignorationis est obligatus (i). Non vero hic obstrictus est, vt legatario sumtus litis praestet, si hic forsan a moroso debitore debitum aliter exigere nequeat (k).

## §. XVIII.

(g) L. 3. D. de pactis L. 7. C. de remiss. pign. nisi de alia mente constet, vt in l. 3. D. de pign. act.

(h) in dubio enim quod minimum est sequimur L. 9. de Div. Reg. Iur. Adde SALGADO de SO. MOZA in *Labyrintho creditorum* P. III. cap. XIII n. 32. seq. & n. 53. P. I. cap. 29. n. 3. & 4.

(i) L. 44. §. 6. D. de leg. I. L. 88. §. 8. de leg. II. ante cessionem enim legatarius actiones utiles ex edicto Divi Pii tantum habet. L. 18. C. de Legat. adde LAVTERBACH. Tit. de leg. & fid.

(k) Nec argumentum a re litigio-



## §. XVIII.

*Successio hypo-  
thecaria quo-  
modo inter vi-  
uos defera-  
tur.*

Tandem etiam per pacta alienum acquiritur (§. III). Pacta autem sunt vel vnilateralia, vbi acceptans nihil repromittit, vel bilateralia, vbi acceptans aliquid repromittit; hoc onerosum, illud gratuitum pactum dici solet: per pactum itaque onerosum & gratuitum ius hypothecarium, quod in alterius paciscentium arbitrio est, in alterum deferri potest.

## §. XIX.

*De successione  
ex donatione.*

Ad successionem per pacta vnilateralia refertur successio ex donatione: haec diuidi solet in mortis causa donationem & inter viuos; per vtramque aliquid gratis in alterum transfertur. Nihil itaque impedit, quo minus tam per donationem mortis causa, quam inter viuos, ius hypothecarium acquiri possit. Quia vero hic succedendi modus ex donatione substantiam suam capit, necesse est, vt solennitates donationis, necessariaeque requisita rite obseruentur: his enim neglectis iisdem quoque modis species successionis nostrae infirmatur, quibus donatio in genere rescinditur.

\* De solennitatibus necessariisque requisitis secundum ius Romanum seruandis vid. Tit. Cod. & D. *de donat.* & Ill. BOEHMERVM ad h. t. Sic insinuatio iudici fieri debet in donatione inter viuos, si 500. exsuperat solidos (1). Si itaque debitum hypothecarium hanc summam excedit, vt insinuetur, etiam necesse est, ne  
omissio

giosa legata desumptum, contrarium probat, debitores enim etiam sine lite debitum persoluunt. Si vero tempore testamenti conditi ius hypothecarium vel debitum litigio-

sum fuerit, ob diuersitatem rationis omnino contrarium statuendum.

(1) L. 34. 35. 37. C. *de donat.* adde viri summi. B. HEINECCI *Antiquit. Roman.* L. II. Tit. VII. & in specie §. 17.



omissio illius excessum vitiet. Ad solennitates vero requisitaeque donationum apud Germanos quod attinet, hic praesertim allegari meretur; antiquos Germanos in donante desiderasse non solum mentis integritatem, sed etiam sanitatem corporis, unde ein ungehabt und ungestabt Guth (m). Haec tamen non inconsulta consuetudo maiorum successu temporis in desuetudinem plurimis in locis abiit. Apud Mindenenses autem donationem a solo aegroto factam adhuc hodie nullam irritamque esse, per Ius Mindense Lib. I. Tit. 12. art. 1. & 2. probat Illustr. ENGA V in *El. iur. Germ.* L. III. Tit. VI. §. XLIII. Denique etiam, prout in genere in alienationibus bonorum auctorum, ita etiam in donationibus, consensus agnatorum necessarius fuit. Quod variis illustrat chartis Perill. de GVDENVS in *Cod. Diplomatico*: praesertim huc spectat diploma an. 1213. quo agnati non solum consentiunt, sed ad obstaculum se obligant, donec quieta possessio maneat. vid. p. 423. seq. add. p. 599. seq.

## §. XX.

Saepe etiam occasione successionis hypothecariae ex pacto gratuito lis mouetur, vtrum creditor hypothecarius in vltiorem oppignorationem rei sibi obligatae consentiens, plane ius suum pignoris amittat, an tantum gradum dimittere videatur? Doctorum sententiae circa hanc quaestionem tam variae sunt, vt vix constet, quis iustiora proferat arma. Illi enim, qui priorem tuentur sententiam, prouocant ad l. 12. pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu. En verba: Paulus respondit: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio obligaret, ius suum pignoris remisisse videri; non etiam tertium in locum eius successisse, & ideo mediis creditoris meliorem causam effectam (n). Qui vero

*Consentiens in vltiorem oppignorat. non amittit ius pignoris.*

(m) *Ius Prouin. Saxon.* L. I. art. 52.

(n) Vid. LAUTERBACH. & Dn. BOEHMER ad Tit. D.

*quibus mod. pign. vel hyp. solu. item huius D. de hyp. feudali expressa. C. II. §. 14.*



ro ab horum sententia diuortium faciunt atque aequitati indulgent, MARCIANI sequuntur dispositionem. Hic enim in l. 12. §. 4. D. *qui pot. in pign.* scribit: *si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate: secundus potior erit.* Et porro: *Erit autem facti quaestio agitata, quid inter eos actum sit, utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo seruetur, & prior creditor secundo loco constituatur.* Quia itaque hic in contradictione versamur; in dubio autem quantum minimum unusquisque de iure suo remisisse videtur (o): posteriori sententiae omnino subscribo. Lex enim ultima clavis disponit verbis, videndum esse ad id quod & cum quo actum sit, nihilque aliter praesumi, quam quod nouus creditor, in cuius fauorem consensus in vltiorem obligationem praestitus, potior sit. (p). Analogia iuris quoque suadet, creditorem per consensum in vltiorem obligationem ius pignoris non amittere (q): vxor enim, quae hypo-

thecam

(o) L. 9. D. *de diu. reg. iur.*

(p) Conf. Ill. LEYSER in *Meditat. ad Dig. Spec. CCXXXIII. Med. 3. seq.* In Saxonia res satis clara atque decisa est, creditorem in vltiorem obligationem consentientem tantum ius prioritatis, saluo tamen iure pignoris, amittere: vid. O. P. I. Tit. XLVI. §. Es trägt sich auch öftmals zu. Add. Conf. I. GOTTL. SIEGEL D. *an hypoth. tacita in feudo debito feudali contrahatur.*

(q) aliud autem plane dicem-

dum, si creditor ius suum hypothecarium per pactum onerosum extraneo cedit aut, si in alienationem plenariam consensum praebet, id quod remissionem iuris sine dubio operatur, L. 1. 2. 3. C. *de remiss. pign.* Consensum autem tacitum creditoris tam in alienationem quam in oppignorationem non sufficere, vel inde probatur, quia in distractione vel oppignoratione de summo creditoris praesidio agitur, in quod nemo consentire praesumitur, l. 8. §. 15. D. *quibus modis pign. vel hyp.*



thecam marito in fauorem vnius alteriusue creditoris remittit atque beneficiis iuris iurato renuntiat, non ea propter omnibus postponitur creditoribus mariti: haec enim remissio tantum particularis est, & respectu praesentis interpretanda (r). Quo tamen omnes lites in hac materia admodum controuersa cessent, consulte agit creditor consentiens, vt ius hypothecae sibi expresse reseruet retineatque (s). Ex citata autem l. 12. pr. satis superque apparet, illum, in cuius gratiam vltior obligatio debitori concessa, non succedere in locum consentientis, sed creditores intermedios gradatim ascendere, nouumque creditorem a tempore sui contractus suaeue obligationis praelationem poscere posse (t).

## §. XXI.

Pactio onerosa ad successionem itur per emtionem *De success. hyp.* & venditionem, quae est pactum, siue contractus no- *ex pacto oneroso.* minatus consensualis, quo quis dominium rei suae iurisque in alium transfert (u). Successio itaque hypothecaria, quae mediante emtione venditione fit, est, si quis pro determinata pecuniae summa ius creditoris hypothecarii acquirit. Hoc autem ius tam debitor quam creditor transferre potest (§. XIII. seq); ergo tam cum creditore, quam debitore de eo pacisci possumus. Magna autem subest differentia, vtrum credi-  
tor

(r) L. 11. l. 21. C. ad SCtum Vellei. L. 18. D. quae in fraud. cred. P. III. cap. 13. p. 746. seq. & 749. seq.

(s) L. 4. §. 1. D. quib. mod. pign.

(t) Vid. de SOMOZA l. c. (u) Arg. l. penult. §. fin. D. de contr. emt. vend.



tor hypothecarius soluat, an saltem chirographarius siue extraneus de acquirendo iure pignoris contrahat, vnde de vtroque casu sigillatim differendum, vltimaque propositio primo loco disquirenda erit.

### §. XXII.

*Conclusiones.*

Haec itaque creditoris chirographarii aut extranei successio in locum creditoris hypothecarii ex contractu emtionis venditionis oritur. Cognoscimus itaque I. Omnia, quae in emtione venditione desiderantur, hic quoque adesse debere. II. Emtorem venditoremque iuris hypothecarii ad ea praestanda obligari, ad quae contrahentes in contractu emt. vendit. adstricti. III. Emtionem venditionem iuris pignoratitii, eiusque inde successionem iisdem resolui modis quibus E. V. rescinditur.

### §. XXIII.

*Requisita.*

Quia omnia, quae in contractu emtionis adesse debent, hic etiam desiderantur; consequens ni fallor, est, & cedentis & successoris hypothecarii liberam adesse debere voluntatem consensumque in idem pretium; hic enim si adest, statim emtio venditio perfecta redditur (x). Quamvis enim successor hypothecarius cessionem iuris, quae regulariter in scriptis celebratur, & multis in locis iudicis autoritate fit (y), accipere solet, quo expeditissima huic via pateat, successionem in locum prioris probandi, & contra debitorem cessum cum effectu agendi: haec tamen essentiam contractus

non

(x) pr. I. de emt. Vend. L. 2.  
§. de contr. emt. V.

(y) adde LAVTERBACH.  
Tit. de hered. vel act. vend.



non perficit, nec translationem iuris impedit; nisi expresse inter partes conuentum sit, vt emtio iuris pignoris in scripto celebretur (z). Porro quoque ex eo liquet, pretium, de quo contrahentes conueniunt, in pecunia numerata consistere debere (a): si enim alia res aliudue ius pro transferendo iure pignoris creditori datur, permutatio est, quae magnopere, praecipue autem in effectu, ab emtione venditione differt (b). Denique ex eo fluit, ad successorem hypothecarium statim, ac conuentum sit, de iure pignoris pro determinato pretio cedendo, & commodum & periculum spectare (c); si itaque debitor postea soluendo non est, successor pretium a cedente repetere minime potest: & quia interitus rei oppignoratae debitorem Germanicum a solutione liberat; in aprico quoque est, successorem hypothecarium Germanicum nihil a debitore exigere amplius posse, si res obligata apud creditorem casu quodam fortuito interierit (d).

## §. XXIV.

Emtor venditorque iuris pignoratitii ad ea praestantia obligantur, ad quae contrahentes in contractu emtionis venditionis adstricti (§. XXII). Venditoris <sup>Obligatio</sup> <sup>cedentis & successoris</sup> autem

(z) Vid. L. 17. C. de fide instrum. & THOMAS ad Inst. Tit. de E. V.

(a) §. 3. pr. I. de Emt. V. L. 1. §. 1. de Contr. E. V.

(b) Ita e. g. in contractu innominato, qualis est permutatio, poenitentiae locus conceditur, si alter contractum adimplere cessat, quod

contraria ratione se habet in Emt. Vend. vbi praecise ad implendum contractum agendum.

(c) §. 3. I. de E. V. L. 8. pr. de peric. & comm. R. V.

(d) Conf. Perill. de MEIERN von der Rechtmaßigkeit des sechsten Zinßthalers in Deutschland. p. 11. 32. seq.



autem in hoc contractu obligatio est, ut rem tradat(e), & emtoris, ut pecuniam soluat: ergo emtor iuris hypothecarii debitum creditori cedenti persolvere; venditor vero emtori extraneo siue chirographario cedere debet actiones (f); quicquid enim in rebus est traditio, illud in actionibus est cessio (g). Ante cessionem autem stricto iure huiusmodi emtori nulla competebat actio, nisi interueniente mandato (h); solutioque creditori facta nullum effectum alium habebat, quam ut debitor liberaretur (i). Quia vero hoc admodum aequitati repugnabat, DIVVS PIVS tandem huic actiones utiles proprio nomine concessit (k); directas tamen actiones, emtor nec hodie exercere potest, nisi ipso solutionis actu cessio facta fuerit (l). Cessa autem sola actione principali, non eo ipso actionem hypothecariam contra debitorem cessum extraneus instituere valet (m); sed speciale expressumque pactum de transferendo iure pignoris, intercedere debet, ut creditor chirographarius & multo magis extraneus in dimissi creditoris hypothecarii locum succedere queat (n). Con-

(e) L. 1. pr. & §. 1. D. de Act. E. v.

(f) L. 23. D. L. 3. C. de her. vel A. V.

(g) L. 4. C. eod.

(h) L. 49. D. solut. matr. L. 76. de solut. & lib.

(i) L. 23. L. 53. D. de solut. & liber.

(k) L. 16. D. de Pact. L. 5. 7. 8. 9. C. de H. vel A. V. L. 1. §. 13. D. de ant. & rat. distr.

(l) L. 76. D. de solut. L. 23. pr. de hered. vel A. V. L. ult. C. quando fiscus vel priu.

(m) L. 11. C. de fideiuss.

(n) L. 12. §. 18. D. qui pot. in pign. L. 1. C. de his qui in prior. cred. Iis autem in locis, ubi talis dimissio coram iudice fieri debet, huic legi quoque successor se conformem gerere debet, si in locum iuraque dimissi creditoris succedere cupiat. Hunc etiam successor ipsam rem oppi-



Confirmata autem hoc modo successione pignoratitia, venditor hocce ius semel cessum, tertio amplius cum effectu cedere nequit; si vero nihilominus factum, pignusque tertio traditum fuerit, tamen primus locum cedentis adhuc subintrat, posteriorique antefertur cessionario, quamuis hic debitorem cessum, de cessione facta, primum certiore reddidit (o). Debitor vero facta translatione iuris, modo de illa nondum certior factus, creditori cedenti cum effectu iuris adhuc debitum hypothecarium persolvere potest; imo si cessionis non plane ignarus fuerit, nulla ratio iuris prohibet, quo minus & hoc casu priori creditori debitum cessum bona fide adhuc persolvere possit, dummodo aut a cedente aut ab ipso successore nondum denunciata sit cessio (p); haec enim si subsequuta est, a nexu hypothecario non liberatur debitor solvens, sed successori facultas, rem obligatam legitimis iuris remediis prosequendi, postea quoque est tribuenda (q).

\* A cessione iuris pignoratitii multum differt assignatio (r). Si enim creditor hypothecarius debiti sui hypothecarii solutionem suo fieri creditori, interueniente assignatione mandet; nullum ius in re transfertur, nec periculum debiti ad eum, cui assignatio facta est, spectat; nisi forsan hic proprio motu debitori dilationem ulterius concesserit, id quod suo facit periculo (s).

## §. XXV.

oppignoratam cedere debere, arg. L. 13. de distr. pign. & L. 43. D. de solut. eruitur; nullam enim amplius legitimam causam illam retinendi habet.

(o) L. 3. C. de nouat. arg. l. 55. D. de procur.

(p) Arg. l. vlt. D. de transact. L.

4. C. quae res pign. obl. adde V O E. T I V M ad hunc tit. Dig. n.

(q) Arg. l. 4. C. cit.

(r) huc spectat Germanorum illud: Unweisung ist keine Zahlung.

(s) adde S T R Y C K I V M in usu Mod. Tit. de hered. vel Act. vend. §. 46. seq.

D



## §. XXV.

*Quibus ex  
causis cesset.*

Emtio venditio iuris hypothecarii eiusque inde successio, iisdem modis cessat, quibus emtio venditio in genere soluitur (§. XXII.) cuius consequens, ni fallor, est, cessionem huius iuris semel factam reuocari a creditore cedente non posse, licet successor hypothecarius pactis adiectis non steterit: quamvis enim donanti permissum est, reuocare donationem, si donatarius conventiones donationi impositas, implere noluerit (t). Attamen ea, quae in pacto gratuito iuris sunt, ad conventiones titulo oneroso quaesitas extendi minime possunt (u); hunc enim irritum non constitui, si emtor non satis promissis fecit, ab Impp. DIOCLETIANO & MAXIMIANO sancitum (x), unde venditori tantum actio personalis contra emtorem ad contractum adimplendum competit, minime autem rei vindicatio (y). Nihil autem tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: mutuo itaque contrahentium dissensu successionem hypothecariam dissolui posse, nemo est, qui dubitet.

## §. XXVI.

*Quid si succes-  
sor integrum  
pretium non  
persoluerit?*

Sed quid dicendum, si creditori hypothecario, qui ius suum vendidit cessitque, a cessionario integrum pretium cum usuris non solutum, num etiam hoc casu cessionarius locum creditoris prioris subintrat? Admodum

(t) L. ult. C. de reuoc. donat. L. 1. C. de donat. quae sub mod.

ad Tit. D. de hered. vel act. vend. n. 14.

(x) in l. 14. C. de rescind. vend.

(u) L. 12. C. de Rei vind. L. 5. C. de oblig. & act. adde VOETIVM

(y) L. 13. §. 19. D. l. 1. C. de Act. Emt. Vend.



modum in hac quaestione decidenda iuris interpretes inter se disceptant, & negatiuae plus fauent sententiae; cui quoque magni nominis Icti subscribunt. Liceat autem mihi a sententia virorum, quorum eruditioni reuerenter adfurgo, examinatis, ad quas prouocant, legibus, discedere. Etenim in l. 18. D. *qui pot. in pign.* sermo est de eo, qui cum debitore sub pignoribus contraxit, quae tamen postea nouo creditori obligata sunt, quaeriturque, anne primus creditor in omne, quod ei debetur, potior sit; id quod Ictus affirmat. Sic quoque ex l. 1. & 3. C. *de his qui in prior. cred. loc. succ.* vt opinor, contrarium non eruitur; sed hoc tantummodo ex illis patet: illum sine dubio ius prioris creditoris acquirere, qui huic pretium eo pacto exsoluit. Huc spectant leges, hoc volunt. Quia vero vnus positio alterius exclusionem non statim operatur; hinc etiam contraria ratione conclusio hoc modo formari nequit: illum econtrario ex conuentione cum creditore huius non subintroire locum, si huic debitum integrum non soluerit. Nec Doctores allegati suadent, vt eorum opinioni assensum praebeam: ea enim quae sphis praecedentibus proposita sunt, satis superque probant, venditori iuris hypothecarii, vt in genere in venditionibus, tantum competere actionem personalem aduersus emptorem ad adimplendum contractum. Sit itaque, creditorem, cui ius hypothecarium cessum, post denunciata cessione a cedente debitori cesso factam, solutionem debiti pignoratitii vel a debitore cesso bona fide accepisse, vel per alienationem pignoris cum consensu debitoris sibi satisfecisse; nec contra debitorem, nec contra em-



torem rei obligatae amplius agere potest cedens, quod tamen dicendum foret, si cessionarius in locum cedentis non succederet. Hoc quidem facile concedo, venditorem, si fidem emtoris non sequutus, rem vindicare posse ex concursu creditorum emtoris (z): sed inde non sequitur, venditorem iuris hypothecarii, quia adhuc dominus, ob nondum consequutam solutionem, est, huicque vindicatio in casu imminentis periculi competit, in concursu creditorum de bonis debitoris cessi moto, successori hypothecario anteponendum esse: hic enim, si cessionem iuris pignoratitii probauerit, actor a limine iudicii repellendus, sique exceptionem nondum sequuti implementi opposuerit, ad actionem personalem ad adimplendum instituentem, a iudice obligandus erit.

## V. De successione hypothecaria, quae non consentiente creditore fit.

### §. XXVII.

*Privatorum  
utilitas quan-  
doque efficit,  
ut quis ius  
suum cedere  
debeat.*

Quod nemo ad alienationem rei iurisue cogi queat, sed liberam adesse debere contrahentium voluntatem supra (§. XXIII.) notauimus: quandoque tamen, contrarium dicendum esse, res ipsa loquitur. A ICtis (a) quidem solummodo eximi solet casus utilitatis & necessitatis publicae; attamen & privatorum commodum interdum iustam coactionis causam praebere, ut aliquis ius suum dimittere debeat,

(z) Ob. §. 41. seq. I. de rer. div.

(a) Conf. THOMASII Diss.

de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. C. II. §. 5.



beat, sequentibus euincendum erit §§ phis. Si quis itaque in statu ciuili sine vero domini consensu alienum acquirere desiderat, necesse est, vt leges ei assistant (§. III.). Ergo si quis locum creditoris hypothecarii sine huius vel debitoris consensu subintroire cupit, leges quoque ab huius partibus stare debent: assistunt autem alicui leges vel ad agendum, vel ad praescribendum; vnde in ius hypothecarium tam per actionem, quam per praescriptionem, successioni locus conceditur.

## §. XXVIII.

Successio itaque in ius hypothecarium, quae si- *Quid successio hypothecaria quae per implorationem iudicis fit.*  
ne creditoris hypothecarii consensu per actionem fit, nobis est, qua is, cui Lex vel consuetudo speciale hoc priuilegium concessit, per implorationem iudicis legitimamque depositionem crediti, creditorem hypothecarium solutionem crediti accipere nolentem, cogit, vt ius suum pignoris soluenti siue imploranti cedat (b), vel si hoc facere recuset, cessio a iudice pro facta habeatur. Hoc autem priuilegium non tantum creditori hypothecario posteriori, prout magnus ICtorum numerus asserere solet, competere, sed etiam *Quibus ius cogensi competat.*  
creditori hypothecario priori, possessori pignoris, fideiussori.

(b) Cessio quidem regulariter libera fieri debet voluntate, vbi tamen obligatio perfecta ad cedendum praecedit, ibi nequidem hodie ex supra citata constitutione D. **¶** cessio expressa necessaria est:

secundum hanc enim voluntas ius in alterum transferendi, pro cessione expressa habetur. Adde §. 37. ad *Scrum Trebell.* l. 40. §. 2. de *petit. hered.* l. 2. §. ult. D. *fam. ercisc.*



uissori aliisque concessum esse, ex mox dicendis satis superque elucescet (c).

## §. XXIX.

*Ius offerendi  
in genere illis  
tribuitur qui  
actionem hy-  
poth. institue-  
re possunt.*

Leges autem non distinguunt, vtrum creditor, cui creditum hypothecarium offertur, tacitam habeat hypothecam, an expressam: Vnde & illum creditorem, qui maximopere priuilegiatum ius pignoris habet, cogi posse, vt loco cedat, statuimus. Ergo mulieri (d), ergo fisco (e) ergo rei publicae (f) aliisque inuitis creditoribus, debitum hypothecarium soluere potest creditor, priuilegio, de quo agimus, munitus. Itidem leges nullum faciunt discrimen inter creditores hypothecarios, qui per implorationem iudicis inuito creditore huius locum subintran; sed indistincte his, siue tacitam, siue expressam, siue publicam, siue priuatam habeant hypothecam, priuilegio prospexerunt, vt etiam reluctantibus creditoribus creditum offerre, suumque hoc modo ius pignoris conualidare queant (g). Et quia

(c) In eo fere omnes iurium interpretes consentiunt, quod creditori hypothecario posteriori ius offerendi tribuendum sit, reliquis autem, quibus idem ius §§. seqq. adscripsimus, imo etiam creditori priori, nescio qua ex ratione, illud denegant. vid. Ill. LEYSER in *Med. ad D g. Spec. CCXXXI. Med. VI. & IX. i*

(d) L. 10. C. qui pot. in pign.

(e) L. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.

(f) L. 4. C. eod.

(g) Leges enim hac de re generalia disponunt. Sic e. g. GAIUS in l. 11. §. 4. D. qui pot. in pign. ita disponit: *si paratus est posterior creditor priori creditori soluere, quod ei debetur: videndum est an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia soluatur.* Omnibus itaque qui actionem hypothecariam instituire possunt, ius deponendi pretium competit.



quia quandoque statuta locorum & prouinciarum vel etiam consuetudo aut praxis quibusdam personis ius hypothecarium concedunt (§. VIII). Nullus haeret scrupulus, quin & hisce personis iis in locis hoc singulare ius adscribendum sit.

### §. XXX.

Creditorem hypothecarium posteriorem, anteriorem cogere posse, vt ius suum pignoris dimittat; tam ex Digestis (h), quam Codice (i) certissimum est. Quo tamen huiusmodi coactiua remedia locum inuenire queant, requiritur I. Vt auctori quoque ius pignoris in re priori obligata reuera sit constitutum (k). Creditore.

*I. Creditori hypothecario posteriori.*

(h) L. 11. §. 4. l. 12. §. 6. l. 20. D. qui pot. in pign.

(i) L. 5. 8. 10. C. eod. L. ult. C. de his qui in prior. cred. loc. succ. primum autem locum assignamus. l. 1. C. qui pot. vbi Impp. Qui pignus secundo loco accepit ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit; aut cum obtulisset, isque accipere nolisset, eam obsignauit & deposuit, nec in usus suos conuertit. Non immerito autem haesitatio suboritur, vtrum secundus tantum creditor ius offerendi habeat, aut, an etiam tertius vel quartus ante secundum, hoc ius exercere possit? Lex enim citata dicit: qui secundo loco credidit, cui quoque respondet l. 12. §. 5. 6. D. & l. 8. & 10. C. cit. quae mentionem secundi tantum creditoris iniiciunt.

Attamen secundum creditorem in genere illum vocari, qui posteriori loco credidit, ex usu loquendi constat. Sic e. g. secundae nuptiae recte describuntur, per omnes, quae post primas iterantur. Conf. Perill. BOEHMER de secundis illustrium personarum nuptiis C. 1. §. 10. Denique etiam l. 11. §. 4. D. & l. 5. C. qui pot. in pign. indefinite posteriori ius offerendi adscribit. Vnde omnino colligendum est, non necesse esse, creditorem quartum vel vltiorem expectare tempus, quo secundus ordine vel tertius priori pecuniam obtulit, sed etiam vltimum creditorem hypoth., primum omnium, per oblationem & depositionem pretii, dimittere posse.

(k) L. 22. C. de pignor. & hyp. l. 1. C. qui pot. in pign.



ditoribus enim chirographariis & extraneis hocce ius non competere supra traditum (§. XXIV): possunt quidem & hi creditori hypothecario pecuniam offerre, imo inuito etiam soluere, obsignare atque in iudicio deponere, hoc nimirum effectu, ut debitor liberetur; non tamen hac solutione vel depositione ius hypothecae in se transferunt (l). II. Ut dies solutionis venerit: quam ob rem creditor hypothecarius posterior, si dies nondum existit, diem solutioni dicere poterit, dummodo tempus, quod forsan in instrumento refutationi praestitutum, obseruet. III. Ut creditor, cui solutio offertur, pecuniam accipere nolit (m): si enim ultro pretium accipit imploratio iudicis non desideratur. IV. Denique ut tam sortem, quam usuras, legitime deponat (n). Quia enim non solum propter sortem, sed etiam propter usuras, creditori priori pignus obligatum (o); & hic, etiam si vel modicum de sorte vel usuris in debito remaneat, rem obligatam adhuc distrahere queat (p); non dubium est, quin & usurae legitime deponendae sint. Si itaque vnum horum requisitorum deest, successioni in ius prioris creditoris hypothecarii locus non tribuitur.

\* Obstat quidem videtur id quod § XXVI. affirmavimus, illum scilicet, cui creditor hypothecarius ius suum vendidit cessitque, huius locum subire, cedentemque cessionem semel factam reuocare

(l) L. 1. C. de his qui in prior.

(m) L. 1. C. qui pot. in pign.

(n) Per l. 12. §. 6. & l. 20. D. qui pot. in pign. Oblatio tamen eo quo debetur loco fieri debet, l. 9. C. de solut. & liber.

(o) L. 18. D. qui pot. in pign.

(p) L. 6. C. de distr. pign. L. ult. C. debit. vendit. pign. impedire non posse. Conf. BARNABAS BRISONIVS de solutionibus & liberationibus. Tit. de oblatione p. m. 114. seq.



re non posse, quamvis integrum pretium nondum solutum sit. Quia vero cessio, quae libera sit voluntate, ab ea, quae per implorationem iudicis obtinetur, multis in modis adhuc differt: ea quoque omnia, quae de ista successionis specie dicta sunt, ad hanc minime possunt applicari.

\*\* Affirmauimus hoc §pho, creditorem hypothecarium posteriorem creditori priori soluere creditumque in iudicio deponere posse: multum tamen interest, quisnam creditorum soluat, num secundus, tertius vel quartus ordine. Quia enim factum tertii nemini praeiudicio esse potest; hinc si e. g. quartus ordine creditorum pecuniam deponit, praefertur quidem intermediis creditoribus quoad summam intuitu primi creditoris depositam, non autem quoad pecuniam, quam ipse debitori credidit (q). Si vero secundus debitum hypothecarium prioris obsignatum deponit, hic ius suum ita corroborat, ut tam ratione crediti depositi, quam proprii, prior sit (r).

### §. XXXI.

Quia vero creditor etiam ob chirographariam pecuniam, prout Titulus Codicis docet, pignus retinere potest: Icti in diuersas distrahuntur partes, dum alii, creditorem posteriorem, omne id, quod creditori priori etiam ex alia debetur causa, offerre aut deponere debere, opinionis errore sibi fingunt; alii autem illum ad soluendum debitum, cuius intuitu potior est, tantum obligant. Qui in priorem sententiam pedibus eunt, proferunt non solum inscriptionem Tituli codicis citati; sed etiam l. 2. C. de fideiuss. & mandatoribus. Quod ad hanc attinet legem, lubentissime quidem concedo, fideiussorem ex illa adstringi non solum ad solutionem debiti, pro quo fidem suam interposuit, sed etiam illius

*Quid creditor offerre debeat.*

(q) Arg. l. 16. D. qui pot. in pign.

(r) L. 22. C. de pign. l. 12. §. 6. D. qui pot. in pign.



lius pro quo non fideiussit, in cuius securitatem tamen creditori res eadem obligata est: inde tamen minime inferri poterit, illum, qui simul est creditor, etiam offerre aut deponere debere creditum, cuius intuitu potior est, quamvis vel maxime primus creditor etiam huius intuitu ius hypothecae in eadem re postea acquisivit. Lex enim citata de fideiussore disponit: fideiussor autem & concreditor magnopere a se inuicem differunt. Sic e.g. hic facta solutione crediti hypothecarii, nulla interueniente cessione, locum dimissi creditoris occupat; sed num etiam fideiussor? Minime gentium. Huic enim directae actiones atque pignora prout extraneo cedi debent, si illis agere velit, quod ex sequentibus pluribus adhuc elucescet. Quod vero ad titulum codicis attinet, ille ipse est, qui ad contrarias partes me appellit. Constat quidem ex eo, creditorem hypothecarium etiam ob chirographariam pecuniam pignus retinere posse: sed verba legis quoque declarant, hocce ius retentionis ei tantum contra debitorem competere. Addit enim Imperator: *hoc in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum offerre.* Largiamur itaque, Titium Sempronio Tusculanum suum obligare; Seium postea sub eodem Titio pecuniam mutuam dare, & rursus Sempronium eidem debitori centum credere solidos: non necesse est, ut Seius, si pignoris sui causam firmare velit, etiam ultimum creditum priori offerat, sed sufficit, illum primum creditum eiusque usuras rite deposuisse (s). Ne tamen

(s) quod non obscure ex l. 20. D. qui pot. in pign. colligitur. Adde LEYSER Med. IX. spec. CCXXXI.



tamen periclitetur creditor, qui reiteratis vicibus pecuniam eidem debitori credidit, promptissimum adest remedium, ut offerenti id, quod huic debetur, offerat, atque ita ius suum hypothecarium possessionemque pignoris confirmet.

### §. XXXII.

Licet autem per haecenus tradita satis manifestum sit, creditoribus hypothecariis posterioribus competere potestatem cogendi anteriores creditores ad accipiendum creditum hypothecarium, aut illud obfignandi & deponendi, ut autoritate iudicis reluctantium locum occupare queant: inde tamen minime inferri potest, quod ad offerendum & deponendum a creditoribus anterioribus compelli queant, sed libertati illorum relictum est, utrum per hanc coactam dimissionem ius pignoris sibi corroborare, an aliunde solutionem crediti expectare velint (t). Sic quoque nulla vetat iuris ratio, creditorem quodocunque pretium offerre, ac deponere posse, nec necesse est, ut tempus illud, quo concursus creditorum oritur, vel creditor anterior ad distractionem pignoris ruit, expectet. Quamvis enim leges affirmant, posteriorem creditorem alienationem istam per oblationem impedire posse (u); non tamen eo ipso posteriori potestatem denegant, pretium, nullo moto concursu, nullaque subhastatione imminente, offerre atque deponere. Deni-

*Creditor non  
cogi potest ad  
offerendum.*

(t) L. 5. C. qui pot. in pign.

(u) Arg. l. 12. §. 5. D. qui pot. in pign.



Denique etiam ex superioribus apparet, coactam dimissionem non necessariam esse iis in locis, in quibus posterior creditor hypothecarius, etiam inuito priore, distractionem rei hypothecae subiectae recte desiderare potest (x).

### §. XXXIII.

*Priori quoque  
creditori hy-  
pothecario ius  
offerendi vin-  
dicatur.*

Dubitare autem quis posset, vtrum etiam *prior* creditor hypothecarius posteriori inuito debitum offerre queat? quia leges hucusque allegatae hoc privilegium tantum creditoribus posterioribus adscribunt. Sed prioris oblationem vel depositionem nullos fere effectus producere, ideoque illam non necessariam esse, vel inde constat, quia non requisito consensu illius, cui res postea obligata est, illam hastae subiicere, ideoque id obtinere potest, ob quod leges coactam dimissionem introducere (y). Esto autem, venditionem pignorum sine consensu posterioris creditoris, priori creditori in prouincia, in qua alias ius Romanum viget, esse interdictam: esto, creditorem posteriorem rem possidere, quae priori in securitatem crediti obligata est: nemo inficias ibit, priori creditori ius posteriorem si velit dimittendi tunc omnino superesse, quia ratio oblationis in eo quaerenda est, vt creditor dimittens ius suum firmare, & rem pignori subiectam, quam tunc solus possidet, alienare queat; quod tam priori quam posteriori creditori hypothecario tribuen-

(x) Quod de Belgio affirmat  
VOETIVS in Comm. ad D. Tit.  
qui pot. in pign. n. 36.

(y) Arg. l. 1. & 3. C. si antiq.  
cred. pign. l. 8. D. de distr. pign.



buendum est (z). Confirmat hanc sententiam IULIUS PAVLVS (a): *Nouissimus creditor, inquit, priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest: sed & prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.* Vt autem mentem PAULI cum Ill. LEYSERO (b) ad eum restringam casum, quo prior creditor possessor simul pignoris est, atque tunc demum ei ius offerendi concedam; nec verba ipsa, nec rationes adductae suadent, sed tantum, quantum mihi videtur, contrarium satis ostendunt.

### §. XXXIV.

Quod leges indemnitati fideiussorum admodum faueant, nullus est qui negat; vnde etiam est, quod tot beneficia horum in fauorem introducta sint, quibus indemnes seruari queant. Horum in numero beneficium cedendarum actionum, vt fideiussor conuentus ad soluendum prius adstringi nequeat, quam creditor ei actiones suas pignoraue cesserit (c), non vltimo loco ponitur. Fideiussorem itaque conuentum, cum consensu stipulatoris in huius ius hypothecarium succedere posse, certo certius est. An vero fideiussor non conuentus per oblationem, legitimamque depositionem

*Idem ius competit fideiussori.*

(z) Arg l. 7. §. 2. C. de praefer. 30. vel 40. ann. l. 5. pr. D. de distr. pign. l. 5. C. qui pot. in pign.

TINGII Iuriprud. Ante-Iustin. p. 286. edit. Ill. AYRERI.

(a) Sententiarum receptarum lib. II. Tit. 13. §. 8. in SCHVL-

(b) in Med. ad D. spec. CCXXXI. Med. 9.

(c) L. 2. C. de fideiuss. & mandat.



nem pretii, atque implorationem iudicis, creditorem hypothecarium cogere queat, ut inuitus loco cedat? altioris indaginis quaestio est, & non desunt, qui negatiuam suscipiunt sententiam. Attamen quia & argumenta legum & leges ipsae contrarium indicant, etiam huic hoc priuilegium (§. XXVIII) adscripsimus (d). Quia enim fideiussor creditorem ex lege *si contendat* (e) ad agendum potest prouocare, sique hic agit, fideiussor ad soluendum prius adstringi nequit, quam creditor pignora actionesque cesserit (f); in aprico est, coactam dimissionem stipulatoris & fideiussoris successionem in huius ius hypothecarium, locum inuenire. Non obscure hanc sententiam ipsae quoque leges corroborant. Ita enim IULIANVS (g) inquit: *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur, ei qui solidum soluere paratus est, vendere* (h) *ceterorum nomina.* Non solum autem nomina & actiones cedere debet, sed etiam pignora (i); non tamen prius, quam creditori omne, quod ei debetur, soluerit, aut illud deposuerit. Vnde creditor tam pro debito, in cuius securitatem

(d) Non dicam, quod aequitas hoc quoque suadeat, quia forsan obici posset, aequitati etiam conforme admodum esse, ut creditor chirographarius indemnis feruetur; ideoque ut & hic creditorem hypothecarium inuitum dimittere, huiusque ius eo acquirere debeat; quod tamen, quia creditor chirographarius & fideiussor magnis nominibus adhuc a se distant, supra negauimus. Adde l. 2. §. 5. D. de aq. & aq. pluui. arc.

(e) L. 28. D. de fideiuss. & mandat. & quidem per interpretationem vsualem huius legis. vid. NOODT in Comm. ad D. Tit. de iudiciis.

(f) L. 2. C. de fidei. & mandat.

(g) in l. 17. D. de fidei. & mand.

(h) Vendere autem saepissime idem significare quod cedere egregie docet BOEHMER de diuerso pignoris & hyp. iure p. 22. seq.

(i) L. 2. C. de fidei. & mand.



ritatem & fideiussores & pignora accepit, quam si ex alia causa eadem pignora tantum habet, ea retinere, nec fideiussor huius locum antea subire potest; quam & debitum, pro quo fideiussit, & debitum, pro quo fidem suam non interposuit, cuius intuitu tamen eadem res pignori creditori obligata est, obsignatum deposuerit (k).

### §. XXXV.

Creditoribus hypothecariis actionem realem aduersus quoscunque pignorum possessores competere, fatis perspicuum est: contra tertium autem possessorem alternatiue commode agi non posse, vt aut debitum soluat aut rem restituat, solide exposuit Excell. BOEHMER (l): Hic enim simpliciter ad rem restituendam, non ad soluendum debitum, obligatur, quamuis liberetur debitum offerendo (m). In discrimen itaque adducitur, vtrumne tertius possessor rei hypothecae subiectae a creditore conuentus ad rem restituendam, hunc compellere queat, vt oblato debito hypothecario ius suum cedat, sique hoc facere recuset, iudicis autoritate cessio pro facta declarari possit? Si eorum sententiae subscribendum foret, qui ius offerendi & deponendi pretium creditoribus hypothecariis posterioribus tantum vindicant, negatiue haec quaestio decidenda foret. Attamen quia leges possessoribus admodum assistunt, & SCAEVOLA hac in quaestione pos-

*Possessor pignoris intuitum creditorem per depositionem pretii dimittere potest.*

(k) Per expressa verba L. 2. cit.

(l) in Tr. de Actionibus p. 290<sup>o</sup> seq.

(m) L. 16. §. 3. D. de pign. & hyp.



posseforem non iniustum postulare scribit (n): non video, cur non & possessor pignoris conuentus, per implorationem iudicis, realemque oblationem pretii creditorem agentem dimittere & ad cedendum ius suum conpellere possit, vt hoc modo possessionem suam conualidare atque confirmare queat. Tandem quotidiana etiam docet experientia, tertium obligatae rei posseforem, creditorem reluctantem atque exactionem debiti hypothecarii studio differentem ad agendum prouocare posse (o) vsunque fori hanc prouocationem, per interpretationem vsualem legis cit, admittere (p). Hoc itaque modo possessor pignoris credito-

(n) in l. 19 D. qui pot. in pign. en verba. *Mulier in dotem marito dedit predium pignori obligatum: & testamento maritum & liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit. Creditor cum posset heredes conuenire idoneos, ad fundum venit. Quaero, an si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere? respondi, posse videri non iniustum postulare.* Nonsolum autem iustus, sed & qualiscunque possessor a vindicatione rei creditores per oblationem pretii repellere potest l. 12. §. 1. D. quibus modis pign. vel hyp. solu. Sed verba, *posse videri*, captant; indeque concludunt, ICtum hic non disponere sed tantum suadere, ita vt hoc casu possessoris oblatio non pro regula, sed pro exceptione admitti debeat. Attamen, demus verum esse Scaeuolam non quid iustum, sed quid aequum sit, suadere; sufficit, tamen possessoris oblationem

vt incongruam legibusque haud fundatam, reiici non posse. Sed ea non est sententia ICTi. Etenim verbum *posse* saepissime vsurpari pro *necesse esse*, docet SCHVLTING in notis ad IULII PAULI *sentent. recept.* l. 1. Tit. 21. nec non RITTERSHVSIVS ad lib. IV. Tit. XIV. in not. 3. & CVIACIVS in *Obseru.* l. XXI. C. 12. Denique Amplissimus EVERARD OTTO in *vita Papiniani* p. 558. seqq. variis comprobauit exemplis, formulam istam loquendi: *posse videri, posse dici* &c. modestiae atque verecundiae ICTorum tribuendam esse, dum hi sententiam suam timide proferre maluerunt, quam duris sermonibus eruere.

(o) ex cit. l. 28. D. de fideiuss. & mandat.

(p) adde VOETIVM in Comm. ad D. Tit. qui pot. in pign. n. 34.



ditorem inuitum per indirectum rursus autore iudice eo perducere potest, vt aut pecuniam accipiat iusque cedat, aut concedat, vt Praetor hoc autoritate sua faciat, creditorique nunc agere nolenti silentium imponat.

### §. XXXVI.

Vindicamus itaque non solum creditoribus hypothecariis, sed etiam possessoribus pignorum & fideiussoribus ius offerendi, obsignandi & deponendi creditum hypothecarium, eo effectu, vt autoritate iudicis in dimissi creditoris locum subintroeant. Videndum nunc, vtrumne adhuc plures supersint, quibus idem ius competat. Et videtur primo in fauorem fisci illorumque, qui huic aliorum persolunt debita, ab Imperatoribus introductum esse, vt hi cessionem nominum pignorumque ab eo iure postulare queant, si ad soluendum debitum parati sint. Ita enim Divus ALEXANDER (q) hac de re loquitur: *potuisti sane cum fisco soluere desiderare, vt ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur.* Desiderare autem non solum id innuere, quod petere, sed etiam postulare, item iure poscere, PAVLVS satis probat in l. 30. D. de procuratoribus (r). Porro etiam D. ANTONINVS illis, qui fisco soluunt, eo ipso successionem in ius pignoris & priuilegium ipsius concessit, ita diserte disponens (s):

*Ei qui fiscale soluit debitum idem ius tribuitur.*

*Cum*

(q) In l. 11. C. de fidei. & mand. Verb. Signif. & PRATEI Lexicon Iuridicum voce desiderare.

(r) Vid. BRISSONIVS de

(s) In L. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succ.



Cum pro patre, in cuius potestate non eras, pecuniam fisco intuleris: & iure priuilegio eius successisti, & eius locum, cui pecuniam numerasti, consequutus es, nec hi creditores patris tui, qui personalem habent actionem, vel cum eo postea sub pignoribus contraxerunt, pignora tua te ignorante distrabendo, iuri tuo aliquid derogauerunt. Contendunt quidem VOETIVS (t) & PEREZIVS (u) hanc legem de transcripti pignoris casu, de quo in l. 3. & ult. C. de priuilegiis fisci agitur, accipiendam esse: quia tamen ipsi concedunt, dispositionem hanc priuilegium continere, & in illorum fauorem, qui pro fiscali debitor solunt, introductam esse, ut vnusquisque inuitetur ad debita fiscalia fisco persoluenda: plane non video, quomodo haec dispositio priuilegium fauoremque comprehendere posset, si fisci consensus cessioque illius ordinaria necessaria esset; haec enim si adest, vnusquisque sine speciali priuilegio, si hoc sub pacto soluit, ius hypothecarium creditoris acquirere potest (§. XXI. sqq.), modo specialis constitutio, confirmationem iudicis non desideret. Tandem etiam lex allegata, nullam consensus fisci, nullam pacti successorii, nullam cessionis facit mentionem; sed indefinite disponit, illum fisci locum subire, qui pro huius debitor pretium obtulit animumque declarauit; non vi pacti, non vi cessionis, quae non adsunt, sed ipso iure. Admodum itaque veri simile est, sufficere, illum, qui fiscale soluit vel offert debitum, coram competente iudice declarare, se hoc eo peragere animo, ut in locum fisci succedat, quo facto Praetor sine consensu

(t) Loc. cit. Tit. qui pot. in pign.  
§. 34.

(u) In Praelectionibus ad Codicem  
ad Tit. de priuil. fisci §. ult.



fensu fisci cessionem vt factam diiudicare, atque offerenti pretium, successionem in ius hypothecarium fisci eiusque priuilegium adscribere potest; & hoc modo leges citatae commode explicari possunt (x).

§. XXXVII.

Debitori quodocunque integrum esse rem obligatam reluendi, certissimi iuris est (y), nec vlla fundata iuris ratio prohibet, quo minus hocce ius tertio, vt rem a nexu pignoris liberet, cedere possit. Ei itaque ius offerendi, creditoremque inuitum dimittendi, competere, qui hac ex cessione debitoris imaginem gerit, nemo vnquam in dubium vocabit; sed vnusquisque consentiet, huius ius illorum adhuc praeferendum esse, quibus potestas, creditorem hypothecarium proprio iure dimittendi, competit, quum hi exceptione praescriptionis a iure offerendi remoueri possint (z), non item illi, qui hocce ius autore debitore exercent.

*Denique ei, cui debitor ius reluendi cessit, ius offerendi tribuitur.*

§. XXXVIII.

Non illis autem solum rite offerri potest debitum, qui ex cessione aut voluntaria aut necessaria ius pignoris acquisiuerunt, (a) sed etiam illis, qui a debitore

*Offerri potest iis qui pignus sine credit: consensu a debitore emtionis iure tenent.*

(x) L. 3. & vlt. C. de priuileg. fisci. Adde l. 2. D. de cessione bonor. & l. 24. §. 3. D. de reb. aut iud. pos. fid. & CVIACIVM L. XVIII. Obs. 40. vbi docet: illum, cuius pecunia ad fiscum peruenit, tacito iuris intellectu in priuilegium illius succedere.

(y) L. 9. §. 3. D. l. 10. & 12. C. de pignoratit. actione. Adde PEREZ ad hunc Tit. n. 13.

(z) Id quod ex infra dicendis elucescet adde §. XLI.

(a) L. 2. 5. 6. D. de distract. pign.



non interueniente creditore rem obligatam emtionis iure tenent, creditor offerre potest illud, quod ad alium creditorem de nummis illorum peruenit (b). Hoc ius offerendae pecuniae autem non superest secundo creditori, si prior creditor rem obligatam iure suo distraxit; huic enim ius vendendi rem pignori suppositam competere, ita vt ne quidem debitor facta venditione per oblationem pretii rem euincere queat, supra (§. XIII) euictum est (c). Ratio autem, cur ei, qui a debitore emit, pecunia offerri possit, a PAPI-  
NIANO (d) haec additur, quod nihil intersit, vtrum debitor pignus vendat, an denuo obliget. Illum tamen, qui emtorem per oblationem pretii dimittere cupit, non solum integrum pretium, sed & vsuras medii temporis huic persolvere debere, ex l. 3. citata constat,

### §. XXXIX.

*De necessitate  
oblationis &  
depositionis.*

Sed susurrari audio, iniquum admodum esse, creditori summa cura atque industria in securitatem debiti quaesitum pignoris ius sine huius voluntate ab eo auferri, qui infirmiore iure gaudet; quia hoc modo creditor anterior non sibi, sed aliis vigilando prospexisse videretur (e). Maior adhuc iniquitas subesse videtur, si creditorem commodaque illius, ex recte constitutu-

(b) Si vero nihil ad creditores ex pretio rei venditae peruenerit, hi non ius offerendi exercent, sed actionem hypothecariam, ad consequendum pignus, instituunt l. 16. §. 3. de pign. & hypoth. Res enim transit cum suo onere,

(c) Per l. 2. C. si antiq. cred. pign. vend.

(d) In l. 3. in fin. D. de distr. pign. adde l. 1. C. si antiq. cred.

(e) Vid. VOETIUS ad Tit. D. qui pot. in pign. n. 35.



stituto pignore profluentia, ex Iuris Germanici principiis consideramus. In hunc enim transit quoddam dominium (f); hic percipit fructus sine vlla rationum redditione (g); & si territorium immediatum pignori suppositum est, hic gaudet superioritate territoriali (h). Nihilominus omnes hasce vtilitates, omniaque dimittere deberet commoda, si creditor posterior, cui eadem res obligata est, huic debitum hypothecarium, etiam ex Iure patrio, ad confirmandam pignoris sui causam, offerre, sique creditor illud accipere recusaret, depocere posset. Attamen ea, quae supra proposita sunt, satis probant, cessante fine cessare etiam debere media, ideoque obtenta solutione vel satisfactione intuitu crediti, nullum amplius ius creditori superesse. Porro etiam aequitas legesque iubent, ne vllus periclitetur creditor; hoc autem facile euenire posset, si creditor hypothecarius posterior, per oblationem pretii priori factam, securitati suae non prospiceret, atque ius suum ita stabiliret: ex quo itaque necessitas huius oblationis manifesta est (i). Tandem adhuc salua res est. Si enim anterior creditor qui pignus possidet, posteriori, coactam

(f) Conf. Perill. de MEIER N von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsßthalers p. 26. sq. 48. sq.

(g) Vti probant formulae MAR. CVLPHI & SIRMONDI. CAE apud THOMASIVM in Diss. de usu Pract. distinct. inter emtionem cum pacto de retrouendendo & contr. pignor. C. 2. §. 28. sq.

(h) Vtrum huiusmodi credito-

ri ius reformandi competat nec ne? decisum est in Instr. Pacis art. V. §. 27. Plures effectus huiusmodi oppignorationis recensent GVND. LING de iure oppignor. territor. STRAVCH de oppignor. Imper. POTGIESER de indole & natura pignoris Sect. III. C. 2.

(i) Vide sis l. 8. C. qui pot. in pign.



coactam huius dimissionem flagitanti, creditum vsu-  
rasque offert aut deponit, atque officium iudicis implo-  
rat; nullus dubitabit, hunc autoritate sua posteriorem  
ad accipiendum debitum hypothecarium, cedendum-  
que ius suum, cogere posse atque debere, quia prior  
creditor tam ratione temporis, quam possessionis, at-  
que ita duplici ex causa, potior est (k).

### §. XL.

*Quaenam actio  
offerenti com-  
petat.*

Quia vero debitum hypothecarium offerens rem  
obligatam a nexu pignoris liberat, atque hoc modo  
ipsius debitoris personam praefert; videri posset, il-  
lum actione pignoratitia contra creditorem hy-  
pothecarium experiri posse. Hanc autem senten-  
tiam minus fundatam, sed potius certissimum esse,  
actionem hypothecariam offerenti competere, sequen-  
tibus probandum erit. Etenim primo actio pignora-  
titia, quae debitori, aduersus creditorem ad restituen-  
dam rem pignori suppositam, datur, personalis est, nec  
contra tertium pignoris possessorem conceditur (l):  
creditorem autem tertio quoque possessori pignoris,  
qui ex cessione forsan ius hypothecae a creditore acqui-  
siuit, creditum offerre illumque dimittere posse, ex  
supra probatis constat (m): imo hocce ius ei compe-  
tit,

(k) Arg. l. 19. D. *qui pot. in pign.*  
l. 12. §. 1. *quib. mod. pign. vel hyp.*  
*solu.* Si enim qualiscunque posses-  
sor illos, qui pignoris iure rem  
persequuntur, offerendo pretium,  
a vindicatione remouere potest;  
maiori sane ratione hoc ius illis

tribuendum, qui ex iusta aliqua  
caussa illam possident.

(l) Arg. L. ult. C. *si vendit. pign.*  
Adde Perill. BOEHMER *Ius*  
*Dig. Tit. de pign. act.* §. 16.

(m) Vid. l. 1. C. *si antiq. cred. ad-*  
*desis* l. 16. §. 2. & 3. D. *de pign. act.*  
l. 18. C. *eod.*



tit, si vel maxime pignus per mille manus transierit (n). Deinde offerens non tantum desiderat, vt pignus liberetur; sed vt dimissi ius in persona offerentis reuiuifcat, atque hic de debito suo magis securus fiat. Tandem si offerenti actio pignoratitia tribueretur, affirmandum quoque foret, huic iuri nunquam praescriptionem opponi posse, quum actio pignoratitia debitori quodocunque comperat (o): hoc tamen expressis repugnare legibus, mox apparebit. Denique nec actio pignoratitia utilis offerenti vindicari potest: haec enim etiam debitori, si creditor tacitum vel iudiciale pignus habuit (p), vel ei, cui debitor ius reluendi cessit, tantum tribuenda est, semperque huic actioni utili id obstat, ob quod pignoratitiam directam reiecimus (q).

## §. XLI.

Iam itaque in controuersiam venit, vtrum ius <sup>Quo tempore</sup> offerendi, obfignandi & deponendi pretium quando <sup>iuri offerendi</sup> cunque creditoribus aliisque competat; aut an huic <sup>praescribatur</sup> iuri etiam praescriptio opponi queat? In praecedenti §. iam monitum est, posse videri offerentem personam debitoris sustinere; vnde, quia huic semper integrum est pretium offerre pignusque reluere, idem quoque obfignanti atque deponenti adscribendum foret. Dirimit tamen hanc litem Imp. ANASTASIVS (r), ita  
vt

(n) Prout placet L. B. de LYNCKER Resp. XXXVI. n. 37.

(o) L. 10. 12. C. de pign. act.

(p) L. 11. §. 5. D. de pign. act. l. 5. §. 21. vt in possess. legat.

(q) Adde l. 11. §. 4. D. qui poss. in pign. LYNCKER l. c. n. 35.

(r) In l. 7. §. 2. 3. C. de praescrip. XXX. vel XL. ann.



vt anterior creditor posteriorem, & posterior anteriorem offerentem, exceptione XXX. vel XL. annorum remouere possit. Triginta vero annorum possessionem requirit Imperator, si creditor post mortem debitoris proprio nomine rem hypothecae subiectam possedit; quadraginta autem annorum exceptione securus est, si creditor praescribens tempus illud computare velit, per quod communis debitor vixit. Contrarium autem ex eo non euincitur, quod ius reluendi res merae facultatis sit, vnde etiam ius offerendi: etenim omnes actiones certo respectu in arbitrio illius positae sunt, cui competunt; si autem hic tempus illud, quo actionem instituere debuisset, praetermiserit, habeat sibi, si leges ei silentium perpetuum imponunt. Ast magnum adhuc inter creditorem offerentem, & debitorem reluentem, subest discrimen; creditor enim possessionis causam non mutat, vnde relutioni praescriptio non obstat: ius autem offerendi, creditori hypothecario ratione actionis, quam contra debitorem habet, tribuitur; ideoque, sicut omni actioni praescribitur (s), huic quoque iuri, quod actionem sequitur, praescriptio opponi potest (t). Licet autem vi legis 7. cit. praeterlapso 30 vel 40 annorum spatio, creditor hypothecarius non amplius ius offerendi proprio iure exercere queat; crederem tamen, illum auxilio ipsius debitoris hoc facere posse; ita vt e. g. huic debitum hypothecarium prioris creditoris persoluat, hicque acceptam pecuniam ad reluendum pignus creditori priori restituat, &

(s) L. 3. 4. C. de praescr. 30. vel 40. annor.

Cod. cit. Tit. n. 6. 7. & GEORG. HENR. BOLFRAS Tr. de pign. & hyp. p. 127. seq.

(t) Vid. PEREZ in Praelect. ad



& facta hoc modo reuolutione, creditori posteriori successionem in locum dimissi concedat. Pariter praescriptionis tempore adimpleto, debitor creditori posteriori, prout extraneo, ius reluendi pignus adhuc cedere potest, ut hic rem obligatam a nexu prioris liberet; quo casu cessionario agenti, atque dimissionem prioris flagitanti, praescriptionis exceptio non obstat; quia non ex sua persona, sed procuratorio nomine, solutionem, liberationem & confirmationem iuris sui suscipit.

## §. XLII.

Progredimur ad successionem hypothecariam, Quid successio hypoth. per praescriptionem. quae per praescriptionem defertur. Haec autem est acquisitio iuris creditoris, lapsu nulla contradictione interrupti temporis. Palam itaque est, sermonem hic non esse de eo casu, quo tertius rei pignori vel hypothecae subiectae possessor, longi aut longissimi temporis exceptione, & contra creditorem & contra debitorem, se tuetur, dominiumque illius ideo sibi asserit: sed de acquisitione *iuris* creditoris, ita ut extraneus, qui praescriptionem opponit, actionem hypothecariam contra debitorem & quoscunque possessores instituere queat. Licet enim idem fere tempus in vtriusque praescriptione obseruetur; magna tamen adhuc in effectu subest differentia. Etenim si extraneus, vel qui simul creditor est, ius pignoris actionemque hypothecariam contra creditorem praescribit, non hoc eo, ut huius ius atque actio exspiret, tantum animo facit; sed eo potissimum, ut in persona praescribentis reuiuiscat, & hic ius illud contra debitorem exercere possit. Si



vero ipse debitor usufructum creditor agenti obducit, huius actio tam hypothecaria, quam personalis, ad repetendum debitum evanescit, debitorque amplius turbari nequit. Varias itaque hic occurrunt praescriptionis species, quae tantum, quantum fieri potest, speciatim determinandae erunt. Si vero successio hypothecaria ad extraneum per praescriptionem defertur, vix illa sine acquisitione instrumenti oppignorationis siue chirographi (u), vel sine praevia cessione, a vero aut a non domino facta, concipi potest. Quomodo enim successor initium praescriptionis capere, aut constitutionem pignoris probare poterit, si instrumenta defunt. Praeexistentiam debiti quidem per solutionem usurarum manifestare potest; inde tamen, oppignorationem factam esse, nondum colligitur.

### §. XLIII.

*Si extraneus  
ius hyp. acqui-  
rere velit,  
quod tempus  
sufficiat.*

Debitum sine hypotheca adesse, ideoque vnum ab altero separari posse, supra expositum est (§. XVII): diuersa inde praescriptionum tempora introducta sunt. Cognoscimus itaque, agentem hypothecaria actione, praescriptionis exceptione remoueri posse, quamuis actio ad repetendum debitum adhuc durat (x). Fingamus itaque casum, tres adesse creditores, quorum unusquisque Gaio M. aureos mutuo dedit, primum autem horum tantum ius hypothecae accepisse: Demus, hunc paulo post diem obire supremum,

(u) Huius enim prolationem potissimum probandi modum esse docet Ictus elegantissimus CORN.

van BYNCKERSHOECK in Opusculis T. I. p. 14.

(x) L. I. C. si aduers. cred. praescri. opp.



mum, secundumque creditorem, quia proximum agnatum se putat, pro herede se gerere, & ius hypothecarium defuncti creditoris, sine principalis tamen actionis cessione, in tertium transferre: tunc longi temporis exceptione, quia bona fides adest, cessionarium, si postea forsan res in iudicium deducitur, se defendere posse, constat (y). Esto autem, secundum creditorem probe noscere, se proximum defuncti creditoris heredem non esse, nihilominus tamen ius hypothecarium prioris creditoris, inscio vero herede, tertio cedere; triginta demum annorum praescriptione hic securus est (z). Non tamen cessione solius iuris pignoratitii facta, longique aut longissimi temporis praescriptione postea adimpleta, actio personalis ad repetendum debitum heredibus prioris creditoris a tertio praescribente adempta est. Licet enim triginta annorum spatium, ad extinguendam actionem personalem, regulariter sufficiat: necesse tamen est, ut ius, ob quod actio haec competit, a tertio exerceatur; quod tamen nostro casu non factum est, quia ius hypothecarium, sine principalis actionis cessione, venditum, ita, ut emtor pro pretio, quod ipse debitori mutuo dedit, actionem hypothecariam instituere queat. Ut itaque ius antiqui creditoris in totum cesseret, praescribensque huius locum, tam quoad actionem realem, quam personalem, subire queat, huius quoque trans-

(y) Ex l. 11. C. de praescri. long. les, quo res ipsae, praescribuntur.  
temp. l. 1. 2. C. si adu. cred. praescri. tur.

eodem enim tempore actiones rea-

(z) Auth. malae fidei C. de praescrip. long. temp. Nou. 119. C. 7.



translatio facta, & vtrumque tempus adimpletum esse debet. Nihil enim extraneo praescriptio solius iuris hypothecarii commodi affert, nisi debitum etiam adsit, cuius intuitu hypothecaria experiri queat actione. Largiamur itaque, secundum istum creditorem mala fide prioris creditoris debitum cum actione hypothecaria in extraneum, interueniente venditione, transtulisse, huncque cessione facta ac debitori significata, per XXX annos proprio nomine vsuras, sine cuiusdam contradictione, a debitore accepisse: post illud tempus amplius fane turbari nequit (a); sed agens in totum excluditur, reoque huius ius, aeque ac si auctori satisfecisset, tribuitur (b).

\* Nonnulli quidem, l. 7. § 2. 3. C. de 30. & 40. annorum praescr. contrarium innuere, statuunt, & secundum ibi allatam distinctionem 40. demum annorum spatio, creditorem contra creditorem, ius pignoris praescriptione acquirere, sibi persuadent: hanc autem legem de iure offerendi disponere, huicque iuri mox XXX mox XXXX. annorum spatio, prout communis debitor aut vixit, aut mortuus est, praescribi posse, supra iam (§. XLI.) euicimus. Sic quoque ex cit. l. 7. princ. & §. 1. contrarium haud colligitur: Diuus enim IVSTINVS de debitore praescribente ibi loquitur, prout mox apparebit.

#### §. XLIV.

Quo tempore  
ipse debitor  
ius creditoris  
acquirat.

Tandem etiam ipse debitor ius creditoris sui per praescriptionem acquirere potest, ita, vt huius actio personalis & realis exspiret, creditorque nihil consummato praescriptionis tempore a debitore petere possit. Ad durationem vero quod attinet, videtur *Iure Ciuili antiquo*

(a) L. 7. pr. & §. 1. C. de praescr.  
30. ann.

(b) Arg. l. 45. in f. D. de admistr. & peric. tut.



quo inualuisse, hanc actionem in ipsos debitores, aut eorum heredes primos aut vltiores, nullis expirasse lustrorum cursibus (c). Emendauit tamen hanc consuetudinem Imp. IVSTINVS (d), iussitque, non vltra XL. annos hanc actionem contra debitorem eiusque heredes prorogari. Grauior autem lis mouetur, vtrum huic actioni a debitore, ex mente *Iuris Canonici*, praescribi possit, nec ne? Quum enim omne, quod non ex fide, peccatum sit (e); nullaue antiqua dierum possessio malae fidei possessorem iuuet (f): interpretes crediderunt, nullo vnquam tempore debitorem ipsum actioni personali praescriptionis exceptionem obicere posse (g). Hos vero textus de possessore rei alienae tantummodo accipiendos esse, non de debitore, firmissimis more suo corroborauit argumentis Perill. Academiae Fridericianae Director Dn. BOEHMER (h), ostenditque debitorem nihil alieni reuera possidere; huncque non affirmare se debere ac contra conscientiam soluere nolle, sed se aequae ac si actori satisfecisset, esse considerandum. Certo certius itaque est, ipsum debitorem, tam ex mente iuris Ciuiliis, quam per saniolem interpretationem Iuris Canonici, quadraginta annis sine interpellatione adimpletis, creditoris ius acquirere, illumque agentem, praescriptionis exceptione, remouere posse.

## VI. De

(c) L. 7. pr. C. cit.

(d) L. cit. §. 1.

(e) Cap. fin. in pr. X. de praescr.

(f) Cap. 5. X. eod.

(g) Vid. LYNCKER. Responsio XVI. n. 6.

(h) In Iure Eccles. Protest. L. II. Tit. XXVI. §. 56, seqq.



## VI. De successione in hypothecam feudalem.

## §. XLV.

*De successione  
in hyp. feudalem.*

Euiētis itaque iis, quae de successione hypothecaria, in rebus allodialibus priuatorum constituta, pro instituti ratione, dicenda erant; videndum iam est, quibus modis, si in rebus feudalibus hypothecae ius legitime alicui concessum est, haec successio deferri possit. Hypotheca autem in feudo legitime constituitur, si verus atque expressus domini, simultanee inuestitorum, quandoque liberorum, & si feudum antiquum, agnatorum quoque accedit consensus (i), quia tunc demum eosdem effectus creditor ex hypotheca feudali percipere, quos ex iure pignoris in rebus allodialibus recte concessio, sperare poterit. Si vero tantum vasallus hypothecam creditori constituit, minime in hunc eadem commoda, imo plane nulla, quae ex hypotheca proprie fluunt, transire, vel inde in propatulo est, quod vasallo feudum proprio ausu, aut eius partem, oppignorare non liceat (k), cuius consecutaria infra adhuc erunt examinanda.

## §. XLVI.

(i) De legitima constitutione hypothecae feudalis vid. BOEHMER de *hypoth. feudali expressa*. C. I.

(k) Vid. *Ius Feud. Allem.* C. XXVI. §. 3 Niemand mag sin Lehn versehen noch verkouffen, on sinen Herrn Hant, das es Krafft habe.

II Feud. 9. 38. 52. Praecipuum autem hic meretur locum constitutio Frederici, in campis Ronchaliis lata, quae 2 Feud. 55. continetur: *perpetuo valitura lege sancimus: ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere vel pignorare &c. sine permissione illius domini ad quem feudum*



## §. XLVI.

Vt tamen omnia suo proponantur ordine, primo euincendum erit loco: *quatenus* creditori liceat ius hypothecarium, in re feudali ipsi competens, in tertium transferre. Quæstio itaque hic non mouetur: *an* creditor feudalis, ius suum hypothecarium, consensu domini legitime munitum, tertio cedere possit? id quod nemo in dubium vocabit, qui considerat, ius, quod creditori competit, esse allodiale & ad quoscunque heredes peruenire posse. Nihil itaque impedire certum est, quo minus hæc facultas creditori competat: (§. XIII.) sed potissimum hic quaeritur, *quomodo* hæc cessio facienda sit: vtrum domini aut debitoris consensus in cessionem rursus impetrandus sit, nec ne? Licet autem, quantum scio, nihil hac de controversia in legibus consuetudinibusue feudorum statutum sit; crederem tamen, quia doctrina de hypothecis, & feudis, & allodiis fere communis, hanc ad vtramque etiam materiam rite applicari posse. Iam vero ea, quæ (§. XIII.) proposita, satis docent, creditorem allodiale ius suum hypothecarium proprio iure, ac irrequisito alicuius consensu, in tertium transferre posse: cur itaque creditori feudali hoc denegemus? Vt autem domi-

*Domini consensus non requiritur in cessione hyp. feudalis.*

*feudum spectare dignoscitur.* Constitutionem autem hanc Friderici ad feuda priuatorum esse restringendam, huius iuris interpretes affirmant, possessoribusque feudi regalis, potestatem tribuunt, partem huiusmodi feudi, sine Imperatoris consensu, oppignorandi. Exempla

huiusmodi oppignorationis exstant apud SCHULTERVM ad C. XXVI. *Iuris feud. Allem.* §. 11. seq. Conf. GEORG. AD. STRV. VII *Syntagma Iur. Feud.* C. XIV. aph. 29. n 5. p. m. 537. Cel. POT. GIESER I, c. Sect. I. C. III. §. 18. p. 100.



dominus consentiat, vel ideo necesse non est; quia dominus in hypothecam feudalem consentiens non intuitu personae, sed intuitu iuris, quod constituitur, consensum praebere solet (1). Deinde noua hypotheca cedendo non conceditur, sed ius, creditori legitime iam quaesitum, in tertium transfertur. Denique creditor, aut eius successor, locum vasalli non subit, ut dominus eum, prout in emtore euenit, confirmare teneatur, sed vasallus debitor nihilominus in possessione feudi manet, adque ad praestanda seruitia, etiam imposterum, adstringitur; quamuis creditores, si solutio non subsequitur, immissionem denique in feudum oppignoratium impetrare queunt (m). Idem plane de consensu debitoris in cessionem dicendum. Huius enim non interest, utrum TITIVS, aut MEVIVS, aut tertius adhuc, hypothecae ius habeat; nam manet idem creditum, manetque idem ius, licet persona creditoris mutetur. Ex iisdem rationibus nec domini directi consensus necessarius est, si ipse vasallus debitor, ius, creditori in securitatem crediti cum consensu domini concessum, tertio, qui hoc sub pacto vasallo creditoris debitum persoluit, concedere velit (vid. §. XIV). Tandem plane nulla lis moueri potest creditori, qui nullo con-

(1) Largiamur autem, dominum directum argumentis grauissimis, & quae haud euerti possunt, probare posse; se tantum in fauorem creditoris feudi oppignorationem confirmasse: contrarium, ni fallor, statuendum erit.

(m) Vid. BURCHHART. GOTTH. STRVVII *Iuris-*

*prud. Feud. C. XVIII. §. 11. in fin. BIOEHMER de hyp. feud. expressa C. II. §. 13. Hoc tamen ita obtinet, nisi legibus provincialibus aliud sancitum; quod de foro Electorali Saxonico affirmat CARP. ZOV. de oner. vasal. feud. Decis. II posit. 7. LYNCKER Resp. CXLVIII. n. 20.*



consensu domini munitam, sed a solo vasallo hypothecam accepit, si ius suum tertio concedere velit; dummodo successor, qui hocce tam fragile, tamque inefficax ius titulo oneroso acquirere cupiat, adsit. Firmitate itaque stat talo, & creditorem & vasallum ius hypothecae in feudali re concessum, irrequisito domini consensu, omni quo libet modo, tam per pactum onerosum, quam gratuitum, tam per donationem inter vivos, quam mortis causa, in alterum transferre posse (§. XV. seqq.).

### §. XLVII.

Vtrum autem ius offerendi, obsignandi & deponendi debitum feudale hypothecarium, creditoribus hypothecariis feudalibus, aequè ac creditoribus quibus allodium oppignoraturn est, competat? hoc *Iuri offerendi in feudalibus hypothecis locus adscribitur.* Spho in controuersiam venit; cuius tamen decisio facili negotio inuenienda erit, si ad constitutionem hypothecae paulum attendimus. Ratio autem, cur hypothecarium ius concedatur, eadem in feudalibus, quae in allodialibus, adest; ut creditorem nimirum securum de restitutione debiti reddat (§. VI. seq.), & hic, solutione non subsequente, actionem hypothecariam tam contra constituentem, quam contra quoscunque rei obligatae possessores, instituere queat (n). Eam quoque ob causam in feudis domini, agnatorum & simultanee inuestitorum desideratur a creditore consensus, ut cum effectu agere, immiſsionem in

(n) Arg. l. 16. §. 3. D. de pign. & hypoth.



in feudum oppignoratam impetrare, ut ex fructibus sibi satisfaciat, aut, si hoc ex illis obtinere nequeat, ipsam rem feudalem hastae subiicere queat (o). Hisce itaque argumentis ponderatis statim elucet: creditori feudali eosdem fere effectus, quos creditor hypothecarius allodialis habet, adscribendos esse. Quid itaque impedit, quominus etiam hic creditum feudale hypotheca munitum, creditori priori, qui eodem iure gaudet, offerre, sique hoc accipere recuset, illud obsignare atque deponere possit. Ius enim offerendi ad effectus rite constituti pignoris pertinet, ut creditor, vel possessor offerens, eo ius suum hypothecarium possessionemue corroborare queat. Nec haec oblatio aut depositio domino directo praeiudicio est, unde nec huius consensus de nouo est necessarius. Licet enim creditor feudalis prout allodialis per oblationem & depositionem crediti prioris, ius suum ita confirmet, ut ad feudi subhastationem postea ruere queat, quae domino detrimento esse creditur: attamen, demus, subhastationem rei feudalis in domini praeiudicium vergere; nonne & ipse creditor, cui pretium offertur, immissionem in feudum impetrare? nonne hic illud distrahere potest, quando debitum a vasallo non soluitur (p)? Denique nonne ipse dominus, dum in oppignorationem consensum dedit, etiam in omnia eius consecutaria consensisse praesumitur? Hoc nemo fane in dubium vocabit (q). Sed reuera  
ex

(o) Conf. ROSENTHAL Tr. A. STRVV. *Syntagm. Iuris Feud.*  
*de feudis Cap IX. Concl. 18. n. 11.* C. XIII. aph. 7. n. 7. p. 468.

(p) Vid. CASPARI KLOCKII (q) II. *Feud.* 13. vid. Tot. tit. C.  
*consilia Vol. II. Conf. 16. n. 65. G. de distr. pign.*



ex feudi alienatione, nullum domino oritur praeiudicium. Hic enim distractione subsequente, loco vassalli, qui bona dilapidauit, ita vt domino seruitia feudalia aegre praestare potuerit, bonum patrem familias hominemque frugi accipere potest, quia alienatio feudi in idoneum facienda. Porro si creditor hypothecarius immixtus feudi subhastationem desiderat, haec aliter decerni nequit, quam salua qualitate feudali, ita vt emtor illud iure feudi accipere, a domino inuestituram petere, atque huic onera feudalia praestare debeat (r). Persona itaque vassalli quamuis mutatur, domino tamen omnia salua manent iura. Denique oblatione aut depositione debiti feudalis facta, non statim ad feudi alienationem procedere potest offerens, vtpote quae multis adhuc tam a domino, quam a vassallo debitore impediri potest modis, quorum tamen recensio a scopo nostro est aliena. Creditor itaque feudalis posterior, qui cum consensu domini ius hypothecae accepit, illum, cui priori loco ius hypothecarium adscriptum est, offerendo aut deponendo pretium, dimittere potest.

- \* Consensus autem domini vel restringitur ad certum tempus, vel indefinite datur. Priori casu praeterlapso illo tempore ius creditoris euanescit, nisi prorogatio aut expressa, aut tacita probeatur. STRVV. *Synt. Iur. Feud.* C. XIV. §. 23. n. 2. Vt itaque hoc casu creditor hypothecarius pretium priori offerre queat, necesse est, vt tempus ad quod consensus domini restrictus est, obseruet, hoc enim elapso nec ius offerendi amplius ei competit. Posteriori autem casu, si dominus consensum suum nulla addita

(r) Conf. CASPARI HEN. RICI HORNII *Iurisprudentia Feudalis* Cap. XIX. §. 9.



dita restrictione, in oppignorationem feudi praebuit, creditori feudali potestas offerendi per idem tempus sine dubio competit, per quod creditori hypothecario allodiali oblatio legibus civilibus est permilla.

### §. XLVIII

*Cui non com-  
petat.*

Non tamen eam ob causam, quia creditori feudali, qui domino consentiente ius pignoris habet, ius offerendi vindicauimus; idem ius & reliquis creditoribus, quibus e. g. a solo vasallo feudum iure hypothecae est obligatum, tribuimus. Creditoribus quidem hypothecariis allodialibus generatim supra (§. XXIX) adscripsimus potestatem, creditores aequae hypothecarios allodiales per oblationem pretii dimittendi, ea quidem ex causa, quia hi ius hypothecarium contra quemcunque oppignoratae rei possessorem remediis iuris persequi possunt: attamen hanc facultatem omnibus creditoribus hypothecariis feudalibus, praecipue autem illis, qui a solo vasallo ius pignoris tenent, non competere, adeoque inter allodiales & feudales creditores hypothecarios aliqualem adhuc intercedere differentiam, ex sequentibus erit perspicuendum. Ex supra autem (§. XLV) propositis elucet, vasallum nihil sine domini consensu suscipere posse, quo causa domini deterior reddatur, ideoque constitutionem iuris hypothecarii, in feudo ipsi esse interdictam; si tamen nihilominus feudum obligauerit, hanc inuvalidam esse, creditoremque actione hypothecaria contra dominum uti non posse. Quomodo igitur hic ius, quod ipse non habet, in alterum transferre poterit? Quomodo effectus rite constituti pignoris, qualis oblatio in-



indubie est, sibi poterit tribuere, quum ipsum ius pignoris, vel causam, non habeat? Sed susurrari audio: certissimum esse, creditorem actionem hypothecariam contra debitorem eiusque descendentes posse instituere, dum immissionem in feudum petere atque impetrare, sibi ex fructibus satisfacere posset. Hocce argumentum aliquid ponderis fane habere videtur, & non inficias ire possum, creditori, qui a solo vasallo ius hypothecae habet, haec omnia competere. Sed num etiam competunt, quia hypothecam accepit? Num hi effectus ex constituto pignore fluunt? Hoc nego atque pernego. Etenim nonne etiam simplex creditor chirographarius feudalibus, si vasallus ad solutionem condemnatus moras nequit, in feudum mitti, & ex perceptione fructuum solutionem debiti impetrare potest (s)? Quis autem temere affirmabit, creditori chirographario inde effectus hypothecae competere; nemo fane, qui sanae adhuc mentis est. Sed demus, creditori, cui a solo vasallo hypothecae ius datum est, omnes omnino effectus ex concessio iure pignoris competere; necesse est, ut contra tertium possessorem quoque agere, imo aduersus dominum feudum retinere queat (t), quod tamen veritati admodum repugnat. Esto enim, vasallum paulo post decretam immissionem diem obire supremum, nullis relictis hereditibus feudalibus, ita ut feudum domino aperiatur: extra dubium positum est, creditoris imissi ius resolui,

(s) Conf. III. BOEHMER de  
hyp. feud. expressa C. II. §. ult.

(t) Arg. l. 16. §. 3. D. de pign.  
& hyp. §. 7. l. de act.



ui, quia ius debitoris resolutum, illumque ad feudum domino gratis restituendum esse obligatum (u). Manifestum itaque est, hypothecam a solo vasallo concessam creditori nullum ius in feudo radicatum tribuere, ideoque huic ius offerendi pretium, creditori, cui ius pignoris legitime datum est, non competere.

### §. XLIX.

*Respondetur  
ad argumenta  
contraria.*

Sed contrariae sententiae patronis allata nondum arridet sententia. Aliam enim adhuc in medium proferunt haesitationem: Licet itaque non negandum sit, regerunt, hypothecam solius vasalli nullum producere ius, quoad ipsam rem feudalem; nemo tamen negabit, hunc fructus feudi iure meritoque, prout rem allodiam, oppignorare posse, hosque inde in securitatem debiti, creditori huiusmodi hypothecario esse obligatos: ex quo concludunt: posse ergo creditorem, quia actionem hypothecariam ratione fructuum instituere possit, etiam legitimis creditoribus hypothecariis feudalibus pretium offerre atque hoc modo in eorum succedere locum. Licet autem plura hoc circa dubium monenda forent, hoc unicum tamen praeterire non possum; magnum inter creditores allodiales & feudales occurrere discrimen. Primo enim interpretes iuris feudalis ad vnum fere omnes consentiunt, sub oppignoratione omnium bonorum non contineri feudum, sed praesumi debitorem tantum ad ea respexisse, eaque tantum obligasse bona, quae huius  
dispo-

(u) 1 Feud. 5.



dispositioni liberae relicta sunt (x). Vnde porro in propatulo est, creditores quibus tantum res allodiales vasalli obligatae sunt, nec, quidquam ex feudo petere posse, licet bona allodialia his non sufficient. Debita itaque allodialia a debitis feudalibus probe sunt discernenda. Ex quibus itaque principiis, ni fallor, fuit, creditorem allodiale, per oblationem & depositionem pretii, creditorem feudalem dimittere, huiusque inde ius acquirere minime posse: vnde nec creditori, cui a solo vasallo fructus feudi, tanquam allodium, obligati sunt, facultas tribuenda est, creditorem hypothecarium feudalem legitimum, remediis coactiuis dimittendi, vt in huius ius locumque succedat. Aliud autem ob diuersitatem rationis dicendum, si creditori priori, cui etiam fructus feudi iure hypothecae a solo vasallo obligati sunt, pretium offerat.

- \* Largiamur autem, huiusmodi creditorem possessionem feudi acquisisse; nonne etiam hoc casu, creditorem, qui ex consensu domini ius hypothecae habet, agentem, per oblationem pretii dimittere, huiusque inde locum subire poterit? id quod ob supra adductas rationes omnino admittendum esse puto (vid §. XLIV), quia hoc casu ius offerendi non tam vt creditor, quam vt possessor pignoris habet atque exercet.

### §. L.

Quia itaque creditor hypothecarius feudalisis, qui non consentiente domino feudum a vasallo obligatum habet, creditori feudali, cui cum consensu domini ius pigno-

*Quando is ius offerendi habeat, qui a curia feudali consensum in hypoth. impetravit.*

(x) Arg. l. 6. D. de pign. & hypoth. 2. Feud. 26. §. 5. Conf. CAS. PARI BITSCHII Comm. in consuetud. Feud. ad h. t. p. 460. seq. &

G. A. D. STRVV. in Syntagm. & Feud. C. XIII. aph. 7. n. 5. p. 467. BOEHMER de hypoth. feud. expr. p. 4. & ab his cit.



pignoris est concessum, regulariter pretium offerre aut deponere nequit, ut huius in locum succedat; quaeritur: utrumne ille creditor, qui ius hypothecae a iudice feudali accepit, per oblationem pretii locum creditoris, qui a domino consensum in oppignorationem factam impetrauit, subire queat? Attamen iudicis confirmationem iuris hypothecarii, sine domini consensu factam, creditori nihil prodesse, ideoque illum nullos effectus rite constituti pignoris ex illa sperare posse, Doctores iuris Feudalis nulla addita limitatione affirmant (y): hoc tamen eo restringendum esse puto; nisi dominus iudici vel directori rerum feudalium facultatem, consensum ad certam summam interponendi, concesserit. Hoc enim casu huiusmodi creditori idem iustribuendum est, quod exercere potuisset, si dominus immediate feudum obligasset. Vnde non dubium est, quin hic, his sub circumstantiis, creditorem, domini consensu munitam hypothecam habentem, per oblationem aut depositionem debiti a nexu hypothecario liberare huiusque ius inde acquirere possit.

### §. LI.

*De hypotheca  
tacita feudali.*

Denique nec hypothecae tacitae, in Iure civili fundatae, ad feuda regulariter extendi queunt (z). Vnde creditor, qui pro debito quodam bona allodialia ipso iure tacite obligata habet, si ex pari causa ex feudo

(y) CARPZOV. Lib. IV. Resp. 30. STRVV. Synt. I. Feud. Cap. XIII. aph. VII. n. 4.

(z) Hanc controuersiam singu-

lari pertractauit Dissertatione Cel. I. GOTH. SIEGEL, *an hypotheca tacita in feudo debito feudali contrahatur*. Adde LYNCKER Resp. XLVIII. n. 6.



do ipsi aliquid competit, actionem hypothecariam instituere nequit; ergo nec offerendo pretium legitimos creditores hypothecarios feudales dimittere, eorumque ius acquirere potest. Hoc tamen non impedit, quominus princeps in territorio suo nouam hypothecam tacitam in feudo, aut per expressam legem introducere (a), aut per consuetudinem admittere possit. Hoc itaque si creditor, qui tacitum pignus sibi competere asserit, probare potest, non video cur ei effectus legitimae hypothecae denegandi sint, curque hoc casu a iure offerendi, atque pignoris sui causam inde firmandi arcendus. Supra enim iam euictum est, non solum illum, qui expressam, sed & qui tacitam habet hypothecam, per oblationem aut depositionem pretii locum dimissi creditoris occupare posse. (vid. §. XXIX.)

## VII. De successione in territorium vel castrum oppignoratam.

### §. LII.

Denique quid de successione hypothecaria in Imperio nostro, si integrum territorium vel castrum in securitatem crediti obligatum, sentiendum sit, in disceptatione versatur. Equidem creditoris ius, si obligatum territorium huic quoque traditum, multo pingui-

*De successione  
in territorium  
oppignoratam.*

(a) Sic in Elect. Saxonico per mandatum regium de a. 1734. hypotheca tacita in feudis concessa est fisco, piis causis, vxoribus, pupil-

lis ac liberis prioris matrimonii, aliisque personis miserabilibus. Adde SIEGEL l. c. p. 8. vbi verba huius mandati adponuntur.



pinguius in eo esse, ac in priuatorum oppignorationibus, ex supra dictis satis manifestum est. Non deerunt itaque, successionem in horum locum, tot emolumentis coniunctum, desiderantes; modo eadem via ac in priuatis hypothecis eo peruenire liceret. Operae itaque pretium erit, etiam in id seposito iure Rom. inquirere, atque principia adducere, ex quibus potiora huius rei capita quoque decidi possunt.

### §. LIII.

*Princeps creditor an de oppignorato castro disponere queat.*

Dubium equidem non est, illum qui defuncto principi ab intestato in territorio & regimine succedit, vel qui ex pacto successorio, de omnibus paciscentium bonis inito (b), heres existit, quoque eo ipso succedere in territorium principi defuncto in securitatem debiti obligatum: an vero princeps, de castro oppignorato pro lubitu testamento disponere queat, controuertitur. Licet autem eiusmodi lites ex nexu, potestate & pactis cum statibus decidi soleant, ut itaque nihil plane certi afferri possit; crederem tamen, principem de oppignorata re libere decernere posse, si illam in securitatem pecuniae, quam ex patrimonio suo credidit, acceperit. Quum enim princeps

(b) Notissimum huiusmodi pacti est illustre exemplum, quod ab una parte inter Landgrauios Thuringiae & Marchiones Misniae, ab altera vero, inter Landgrauios Hassiae domumque Brandenburgicam initum; de quo vide HENRICI

BODINI Diff. Quatenus vero Imperatoris Electorum reliquorumque statuum consensus necessarius sit, si inter principes Imperii eiusmodi pacta ineuntur, colligi potest ex Capitulat. Diui CAROLI VI. art 11.



ceps hoc, vt priuatus, possideat, in eiusque sit arbitrio, quid de eo facere velit (c): ni fallor sequitur, in huius quoque esse potestate, rem, quam ista comparauit pecunia, ei, cui velit, etiam extra casum necessitatis testamento concedendi. Si vero pretium, cuius intuitu territorium pignori suppositum, aliunde redactum, vel cum consensu ordinum demum solutum, illorum quoque consensus, quorum interest, requirendus est atque impetrandus.

## §. LVI.

Haec ita vera sunt, si creditor princeps re oppignorata amplius vti nequeat; ideoque successorem in illa constituat, qui huius ius, si debitum naturae hic reddiderit, acquirere possit: videamus itaque iam nunc, quid secundum Ius Germanicum, de ea statuendum sit controuersia; an princeps ius suum pignoris, vel territorium ipsum oppignoratam, quod tunc tradendum esse puto, invito debitore in alium transferre queat. Certissimum autem est, hanc quaestionem non semper ex pactis cum debitore & creditore factis diiudicari posse: quid enim tunc dicendum foret, si nihil in illis hac de re dispositum: sed eius decisio ex indole ac natura pignoris Germanici sit haurienda. In creditorem autem Germanicum dominium quod-

*Creditor inscio debitore, territorium oppignoratam cedere potest.*

(c) HUGO GROTIUS *de Iure Belli & Pacis* L. I. C. III. § 12. LYNCKER *Respons.* II. n.8. sqq.

Adde B. de LVDEWIG *Diff. de obligatione successoris in principatus & clientelas* C. I. & IV. ibique allegatos autores.



quoddam rei obligatae ac traditae transire, iam supra affirmavimus (§. XIII), atque ex eo adhuc robur accipit, quod in speculo Saxonico (d) expressis verbis sancitum sit: creditorem amittere creditam pecuniam, si pignus apud illum perierit. Casum autem sentit dominus; unde in aprico est, dominium rei oppignoratae in creditorem translatum fuisse. Iam vero tralatitium est, dominum de re sua libere dispo- nere posse: quid itaque impedit, quo minus credi- tor, ius suum, quod in territorio oppignorato ha- bet, ei, cui velit, concedere queat. Etenim dum territorium vel castrum pignoris iure affectum cre- ditori traditur, hoc non ea solum fit mente, vt cre- ditor de restitutione crediti securus reddatur, sed etiam vt, si eius res familiaris ita exigat, hic ius suum vel pro eadem vel pro maiori summa vende- re accedere, & ita sibi consulere queat. Accedit porro, quod creditori illustri quoque potestatem fa- ciamus, rem obligatam suboppignorandi (e), in feu- dum dandi (f) aliaque: cur itaque huic denegemus facul-

(d) Lib. III. art. 5. cuius ver- ba ex Editione GAERTNERIA- NA ita se habent: stirbt aber ein Pferd oder Viehe in der Versakung ohne jenes Schuld, der es unter ihm hätte: beweiset er das, und kan das zu schwehren, so ersetzet er es nicht, sein Geld aber, dafür es versetzet stun- de, hat er verlohren &c.

(e) GROTIUS de I. B. & P. Lib. II. C. VI. § 12. Confirmant hoc chartae adductae a Dn. POT-

GIESER de indole & natura pi- gnoris p. 250. seq.

(f) Huiusmodi exemplum illu- stre profert Ill. BVDER, Prae- ceptor dum Ienae agerem aeluma- tissimus, in *amoenitatibus Iuris Feu- dalis* p. 130. chartamque exhibet, qua RVPERTVS Palatinus Co- ues Rheni, de oppignoratis ipsi ab Imperatore bonis, A. MCCC LXXIX. feudum pignoratitium fe- cit, ac EMICHIONI Comiti Leiningensi pro 30000. flor. con- cessit.



facultatem ius pignoris ita in alium transferendi, vt nihil apud illum remaneat: creditor enim dum territorium vel castrum oppignorum alicui sub qualitate feudali concedit, aut de nouo tertio pignori supponit; nihil aliud transfert, quam ius suum: vnde horum ius etiam tollitur, si debitor primus rem obligatam soluto credito a creditore repetit recipitque. Denique ad vnum omnes affirmant Icti, debitorem etiam Germanicum, rem pignori suppositam, quoad ius reluendi inuito creditore, vendere posse (g): vnde, quia quod vni iuris, alteri quoque iuris esse debet, creditori illustri facultas territorium vel castrum oppignorum cedendi, iure meritoque adscribenda est (h).

## §. LV.

Sed res nondum satis securae sunt. In medium enim proferuntur tabulae oppignorationum, in quibus creditor ius suboppignorandi vel cedendi pignus expressis sibi reseruauit verbis. Ita CAROLVS IV, quum GVNTHERO Schwartzburgico ciuitates Imperiales Nordhusam, Gelnhusam atque Goslariam pro 20000. marcis argenti oppignoraret, diserte huic ius suboppignorandi concessit. *Respondetur ad argumenta contraria.* *Wäre auch dass der oft genante*

(g) Huius rei exemplum est cessio praefecturae Möllensis, quoad ius reluendi, a Duce FRANCISCO Leoburgico in Ducem ADOLPHVM Slesvicensem facta. Conf. PERILL. AVTOR: *Notitiae Actorum* in Sachen Ihro Königl. Majestät von Groß-

britannien und Churfürstl. Durchl. zu Braunschweig-Lüneburg, als Herzogen zu Lauenburg Klägern, contra die Stadt Lübeck Beklagte p. 10.

(h) Adde LYNCKER Resp. CXLVIII. n. 15. seqq.



genante Graff GÜNTHER, seine Erben, seine Freunde von Nothwegen die obgenandte Pfandschafften . . . verkümmern, oder versetzen müsten, wenn sie es dann versetzen dem sollen wir und unsere Nachkommen an dem Reich alle Stück halten, gleicherweifs, als ihm selbst. (i) Pariter producitur charta comitis Saynensis, qui, dum loca quaedam pignori supponeret, creditori quidem non denegat facultatem res obligatas tertio rursus oppignorandi; conditionem tamen adiicit, vt debitori suboppignoratio antea significetur. *Wo sach wäre, dass ich . . . das vorgemelt halff Theil der Vesten und Dorff zu Vallendar . . . versetzen wollen das sollen wir dem vorgemelten Herrn SALENTIN, . . . sagen und bieten ein viertheil Jahrs zu vorends (k).* Denique ipsam cessionem rei oppignoratae cum consensu debitoris factam esse fit variis comprobari posset chartis. Exemplo translatio iuris pignoris cum praefectura Steinhorst a creditore FRIDERICO BROCHDORPH in ADOLPHVM Ducem Holsatiae facta. Non pigror verba huc spectantia adiicere: *und aber folgents S. F. Gn. (Dux Saxoniae FRANCISCVS Senior, debitor) Consens und Bewilligung dazu gegeben, dass der auch Durchl. Hochgeb. Fürst und Herr, Herr ADOLFF, Herr zu Norwegen . . . solcken Hoff und Ambt zu sich lösen, und meine (FRIDERICH BROCHDORPHS) habende Pfand-Verschreibung an sich bringen möchte; alles nach Ausweisung Sr.*

(i) Instrumentum oppignoratio-  
nes legitur in III. LEBR. WILH.  
HEINR. HEIDENREICH'S Histo-  
ria des ehemahls Gräfflichen nunmehr

ro Fürstlichen Hauses Schwarzburg.  
p. 96. seqq.

(k) POTGIESER l. c. Sect.  
III. Cap. 2. §. 27.



*Sr. Hertzog FRANTZEN Fürstl. Gn. darauf gegebenen Consens-Brief: und hochgedacht M. Gn. Herr Hertzog ADOLFF darauf mit mir handeln lassen, und mich und meine Erben angeregte 20000. Thaler Haupt-Summa - - verwahret und versichert: dass ich demnach für mich und meine Erben Sr. F. Gn. und Derselben Erben, cedirt und überlassen habe - - (1).* Ex hisce autem exemplis concludi posset: creditori Germanico tunc demum facultatem adscribendam esse cedendi ius pignoris, si aut litteris oppignorationum haec facultas ei expresse concessa, aut debitori cessio prius denunciata, aut demum eo consentiente suscepta sit. Huic argumento aliquid ponderis inesse posset, si omnibus omnino oppignorationum instrumentis huiusmodi leges conditionesque adiectae forent: verum enim vero, centum produci possent chartae, quibus ne verbo quidem ea de re mentio sit. Esto autem, quam plurimas adesse, quibus creditori luculentissime ius suboppignorandi vel consentiente demum debitore ius pignoris cedendi, reservatum sit; tamen inde non colligitur, id quod creditori in iis stipulatum est, naturae pignoris repugnare. Etenim iam dudum viri summi, ac in iuribus patriis versatissimi (m) obseruarunt, Germanos nostros ea adhuc in documentis litterisque expressisse, quae ex ipsa re naturaque contractus fluunt, & contrahentibus denegari

(1) Conf. AVCTOR deductio-  
nis, quae exstat sub titulo: Einige  
vorläufige Nachrichten und Anmer-  
kungen die Steinhorst. Sache betref-  
fend, in denen Beylagen N. C. p.  
64. sqq.

(m) III. SENCKENBERG *de*  
*relutione oppign. territ.* p. 20. seq. III.  
D. G. STRVBEN *in Vindiciis*  
*Jur. Venandi* C. I. §. 24 seq. Con-  
sult. I. H. IVNG, *de Iure Salina-*  
*rum.* p. 118. seq.



ri haud potuissent, si etiam non adiecta fuissent. Quod ad secundum diploma attinet, lubens suffragor, nihil humanae fidei magis congruum esse, quam pacta servare, ideoque creditorem ad denunciandam debitori suboppignorationem vel cessionem adstrictum esse: sed quid inde: pactum enim inter vnum alterumue debitorem creditoremue initum, reliquis legem scribere ac praeiudicio esse nequit. Idem quoque de tertio exemplo statuendum. Quamvis enim lubenter insto, creditorem prudenter agere, si debitorem de cessione oppignorati castri certiore reddat: ab iis tamen, quae regulae prudentiae quandoque suadent, ad ea, quae iuris sunt, argumentum duci, & cautio ab vno adhibita, ei qui eodem modo sibi non prospexit, fraudi esse nequit. Denique non desunt exempla, quibus probari posset, creditorem spreto vel non requisito consensu debitoris, ius hypothecarium in territorio vel castro ipsi competens, vna cum re obligata, cessione. Liceat mihi huc tantum succenturiare diploma, quod annum MCCLXVI. praefert, quo Dynasta de Nuenburg Archiepiscopo & Ecclesiae Moguntinae ius suum pignoris concessit (n). En verba: *Cum Tu pro tuorum Progenitorum salute - - dimidietatem castrorum - - obligatorum - - sub titulo pignoris habitorum; - - specialiter etiam dimidietatem Comicie Landgrauii, que Hagebucken dicitur, & adiacet vestris castris predictis, titulo pignoris haftenus habitam, & donec redimatur, habendam; - - vendideris nobis & Ecclesie Moguntine &c.* Nulla autem in

(n) Integrum diploma habet Perill. GVDENVVS in Codice diplomatico N. CCCXX. p. 714. seqq.



in isto documento fit mentio, debitorem eiusue heredes consensum in venditionem dedisse; cuius tamen mentionem Archiepiscopus Mogunt. sine dubio iniecisset, si adeo necessarius fuisset, ut illo deficiente, cessio ac venditio nulla esset: quum ex immortalis opere Perill. GVDENI constet; donationibus ac venditionibus ecclesiae Moguntinae aliisque factis, contrahentes tot superflua saepiuscule eimmiscuisse, illasque tot cautionibus confirmasse, ut dissentientibus omnis praeccluderetur via, illas infringendi atque in discrimen adducendi.

\* Quod si vero instrumentis oppignorationum lex adiecta sit; ne liceat creditori vlllo modo ius pignoris, aut rem ipsam obligatam, alienare? Eiusmodi formulam, seculo XV. vsitatam, profert Ill. SENCKENBERG *de reuolutione oppign. territ.* in Adj N. 3. Credo autem eiusmodi conditionem creditoris ius non plane tollere, sed tantum quodammodo restringere, ita ut hic debitori diem solutioni & luitioni, hac lege, dicat, ut liceat creditori, si debitum tunc non fuerit solutum, rem pignori suppositam tertio cedere: quo casu debitor suae negligentiae adscribat, si creditor, praeterlapso isto tempore, tertio ius suum concesserit.

## §. LVI.

Iam nunc autem quaeritur, vtrum coacta dimissio creditoris illustris, vel ius offerendi, obsignandi & deponendi in oppignorationibus territoriorum locum quoque habeat, & cum legibus German. congruat, nec ne? Silentium harum legum haesitationem

*Ius offerendi  
etiam in ter-  
ritoriis oppi-  
gnor. locum  
habet.*



hac in re adaugere posset. (o). Verum enim vero quia Germani semper aequitatis studiosissimi fuere; haec autem postulat, ne creditor, cui eadem res obligata est, pertinacia cuiusdam tertii creditum suum amittat: non dubito, quin & inter illos, quorum lites non ex iure Quiritum diiudicantur, oblatio pretii valeat. Porro supra iam euictum est, ius offerendi ad effectus rite constitutae hypothecae pertinere, qui creditori, prout Romano, ita & Germanico, sine iniuria denegari haud possunt. Deinde sententia ex eo quoque vires accipit quod ex Iuris Germ. principiis, debitor ius reluendi pignus in alterum transferre, ut hic contra creditorem possessionem pignoris agere, pretium ei offerre, atque rem pignori suppositam recuperare queat (p): parum autem ratione dimissionis interesse puto, utrum creditor e. g. posterior proprio iure, an demum ex cessione debitoris pretium obsignet deponatur. Tandem, num principes forsan in eo deterioris conditionis sunt, ac priuati, ut illis hoc denegemus, quod unicuique creditori priuato tribuimus? Quae haec crudelitas, qui iniquae mentis abortus (q)? His denique adhuc superaccedit, quod omnia, quae de tollendis soluendisque obligationibus in quaestione sunt, hodie

(o) Etiam post fata. magnus, Legumque patriae peritissimus HEINECCIUS in *Elem. Iur. Germ.* Tom. I. L. II. §. CCCC LXXVII. fatetur, se necquidquam de obligatione & depositione in legibus Germ. reperiisse.

(p) Id quod variis mediis aevi chartis illustrat POTGIESER l. c. Sect. III. C. 3 §. 3.

(q) Conf. viri dum viueret Celeberrimi GVNDLINGII *Sched. de Iure oppignor. territor.* §. 26.



hodie ex Iure Rom. definiri soleant (r); vt itaque sententia allata & cum aequitate & iure satis conveniat.

## §. LVII.

Antequam autem mediationibus meis colophonem imponam; quaedam adhuc de effectibus, qui in successorem transeunt, subiungenda sunt. Potissimum autem hi in eo consistunt, vt offerens, praecipue autem creditor hypothecarius posterior, ius suum pignoris, quod ob ius prioris in eadem re inefficax erat, conualidare (s), vsuras non minus ac ipsi creditori dimisso licuit, imposterum exigere & iam solutas repetere queat (t). Porro haec successio efficit, vt immiſſionem in rem hypothecae subiectam impetrare, & si eius possessor iam est, aut solus tunc ius pignoris habet, illam pro quouis alio debito retinere (u), aut distractionem eius vrgere possit (x). Hos effectus ius ciuile probat: plures adhuc iura Germanorum successori illustri tribuunt, & quandoque omnes illos, qui creditori possessori dimisso

*De effect. success. hyp.*

(r) B. HEINECCIUS l. c. L. 12. §. 6. D. qui pot. in pign. l. 22. §. vlt. C. de pign.

(s) Arg. l. 6. D. de distr. pign.

(u) L. un. C. etiam ob chir. pec. l. 13. §. 6. l. 19. D. de pign. & hyp.

(t) Non tamen vsuras solutas forti, vt foecundiores prouentum vsurarum faciant, addere potest.

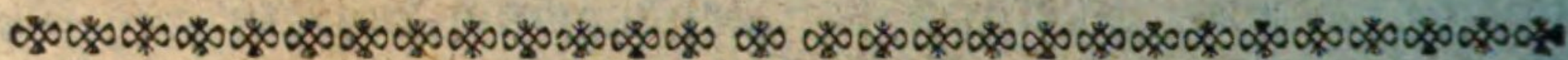
(x) L. 5. de distr. pign. l. 1. C. si antiq. cred. pign.



misso competeabant. Quia vero horum numerus, si integrum territorium pignori suppositum, tantus est, ut vix integris plagulis absolui queat, potioraque eius capita passim iam notata: illum qui maiora cupit ad eorum scripta, qui hanc materiam plena pertractarunt manu, remittimus (y).

(y) Conf. viros eruditionis laude nostro seculo satis conspicuos  
SENCKENBERG *de reluit. op-*

*pign. territ.* GVNDLING *de Iure oppign. territ.* & POTGIESER *de indole & nat. pign.* Sect. III. C. 2.



Sphalmata operarum, quae hinc inde obseruavi, lector candidus ita emendabit.

Pag. 8. lin. 2. pro *aestimato* lege *inaestimato*.

Pag. 13. lin. 21. pro *quis creditori* lege *quis debitori*.





Berghoff, Justus Eberhard,

Diss. inaug. de successione hypothecaria

Gottinga 1744

4 Diss. 604#Beibd.30

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10658949-9

VD18 14839644-001